This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

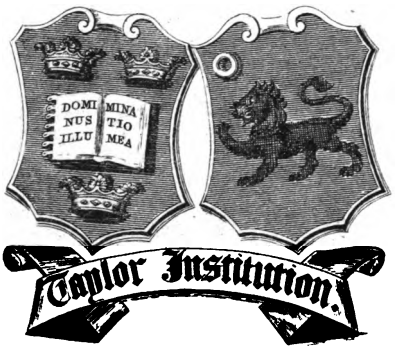
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

92. f. 11

NJ 12 A505 c 29



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Kritische Ueberschau

der deutschen

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,

herausgegeben

von

Dr. L. Arndts, Dr. J. C. Bluntschli und Dr. J. Pözl,

o. ö. Professoren der Rechte.

Vierter Band.

München.

Verlag der literarisch-artistischen Anstalt.

1857.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

I. Zur neuesten civilistischen Literatur

1) Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Civilistische Abhandlung von Otto Bähr, Obergerichtsrath zu Fulda. Kassel. Verlag von O. Bertram 1855. (336 S.)
von **Prof. Dr. Arndts.** 1

2) Die Obligation und Singular-Succession des römischen und heutigen Rechts. Eine civilistische Studie von Dr. Johannes Emil Kuntze, Advocat und Privatdocent der Rechte an der Universität zu Leipzig. 8. Leipzig. Herm. Mendelssohn. 1856. XVI und 423 Seiten
von **Prof. Dr. Jos. Fr. Dworzak.** 47

II. Ueber die neuere französische und belgische Hypotheken-Gesetzgebung von **Prof. Dr. Anschütz.** 74

1) Die Mängel des französischen Hypotheken-Rechts. — Die Hypothekarreform. — Der Gesetzentwurf von 1850. — Die französischen Pfandbrief-Institute, der Crédit Foncier. — Das Transscriptions-Gesetz vom 23 März 1855.

III. Die neuere Literatur des Völkerrechts
von **Prof. Dr. Pözl.**

R. v. Mohl, die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. Erlangen. 1855. Bd. I. S. 335 — 470. 88

IV. Uebersicht der juristischen Zeitschriften.

1) Die periodische Literatur des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes von **Dr. Lauk.** 97

2) Juristische Zeitschriften in Oesterreich. 123

3) Eduard Laboulaye über die Tafeln von Malaga. 129

V. Kurze Anzeigen.

1) Dr. Karl Levita. — Das Recht der Nothwehr, eine strafrechtliche Abhandlung. Gießen 1856 (281 S. in 8.) — 140

Digitized by Google

Seite

2) Bruchstücke einer Staats- und Rechtsgeschichte der deutsch-österreichischen Länder von Dr. Aug. Chabert, Prof. der Rechte zu Gratz. 144

3) Wilda von den unächten Kindern; ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte. Tübingen 1855. 63 Seiten 147

4) Die deutschen Rechtsbücher des Mittelalters und ihre Handschriften von G. Homeyer. Berlin. Dümmler. 1856. VIII. und 176 S. 8. 153

5) Ueber die festuca notata und die germanische Traditions-Symbolik. Ein germanistischer für die k. bayer. Akademie der Wissenschaften bestimmter Vortrag von Dr. A. L. J. Michelsen, geh. Justiz- und Oberappellgerichts-Rath, Prof. der Rechte in Jena. Fr. Frommann. 1856. 30 S. 4°. 154

VI. Die Literatur und Gesetzgebung über das Patentwesen. von **Prof. Dr. Fr. Makowiczka.** 161

VII. Die Literatur und Gesetzgebung auf dem Gebiete des neuern deutschen Strafproceßrechts von **Prof. Dr. F. Walther.** 190

I. Die Gerichtsverfassung. 200

II Das Verfahren. 212

VIII*). Zur neuesten civilistischen Literatur. (Fortsetzung und Schluß). Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund u. s. w. von Otto Bähr. von **Prof. Dr. Arndts.** 219

IX. Ueber die Handschriften und den ältesten Text der langobardischen Gesetze nach der Ausgabe von Baudi di Vesme von **Prof. Dr. Anschütz.** 248

1) Die Handschriften 250

2) Die Ausgaben der langobardischen Gesetze 267

3) Der Text der Vesmischen Ausgabe 271

X. Uebersicht der juristischen Zeitschriften.

Recueil de l'académie de législation de Toulouse. Tom. IV. 1855. 285

XI. Kurze Anzeigen.

1) Zur Lehre von den Verband-Hypotheken der deutschen Rechte. Mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Gesetzgebung von Heinrich Dürrschmidt. Augsburg, Rieger'sche Buchhandlung. 10 Bde. 8. 292

*) Ist im Text irrthümlich mit Nr. VII bezeichnet.

Digitized by Google

Seite

2) Homeyer, über die deutsche Reformation Kaiser Friedrichs des Dritten. Aus dem Bericht der Sitzung der philosophisch-historischen Classe der k. Akademie der Wissenschaften zu Berlin vom 2 Juni. 296

3) De regalium notione et de jure regali commentarii. Scripsit Hugo *Böhlau* j. u. D. in neif. Balensi priv. doc. Typis Hermani *Böhlau* bibliopolae Vimariae. 1855. 20 u. XVIII. S. 4. 300

4) Sequestration und Arrest im R. Recht. Von Dr. Th. Muther. Leipzig. 1856. 8. 27 S. 303

XII. Die Literatur und Gesetzgebung auf dem Gebiete des neuern deutschen Strafproceßrechts (Schluß) von **Prof. Dr. F. Walther.** 311

XIII. Ueber den Entwurf einer schweizerischen Wechselordnung von **Prof. Renaud.** 353

XIV. Zum Säcularfeste des Codex Maximilianeus bavaricus civilis vom Jahre 1756 von **Prof. Dr. Dollmann.** 366

XV. Wilhelm Eduard Wilda. Nekrolog, von **Prof. Dr. Maurer.** 380

XVI. Uebersicht der juristischen Zeitschriften.

1) Revue historique de droit français et étranger, publié sous la direction de M. M. Ed. Laboulaye, E. de Rosière etc. etc. 395

2) Die juristischen Zeitschriften in Bayern. 407

XVII. Kurze Anzeigen.

1) Die Tafeln von Salpensa und Malaga noch einmal. 412

2) Kurhessisches Privatrecht. Von Dr. S. Roth, Professor in Rostock, und W. v. Meibom, Unterstaatsprocurator in Marburg. Ersten Bandes erste Lieferung. Marburg. 1857 422

3) Sammlung der Entscheidungen des Oberapp.-Gerichts der vier freien Städte in Lübeck in Frankfurter Rechtssachen. Herausgegeben durch einen Verein von Juristen. Zwei Bände. Frankfurt a. M. 1855/56. 424

4) Die Vereinigten Staaten von Nordamerika im Uebergange vom Staatenbunde zum Bundesstaate. Von Ed. Reimann. Weimar 1855. 424

5) Der Rechtsstreit zwischen den Verwandten des zu Paris gestorbenen Carl Friedrich von Mecklenburg, Erbfolgerecht, zunächst gerichtliche Zuständigkeit betr. Stuttgart 1856. 426

Digitized by Google

Seite

6) Commentatio de juris gentium studio in patria nostra post Hugonem Grotium. Scripsit D. *van Hogendorp*, Amsterdam 1856. 428

7) Lex Francorum Chamavorum oder das vermeintliche Xantener Gaurecht. Herausgegeben und erläutert. von Dr. Ernst Theodor Gaupp. Breslau 1855. 429

Recherches sur la lex Francorum Chamavorum ou sur la prétendue loi de Xanten, in der revue historique de droit français et étranger. Paris 1855. 429

Die Euua Chamavorum. Ein Beitrag zur Kritik und Erläuterung ihres Textes von Dr. Heinrich Zöpfl. Heidelberg 1856. 429

8) Eduard Laboulaye. Rechtsgutachten in dem Proceß Pescatore. 2te Auflage. Paris 1856. 433

9) J. de Wal, Accisusbrief von Harlem in 1274. Leyden 1856. 437

10) Geschichte der mecklenburgischen Landstände bis zum Jahre 1855; mit einem Urkundenanhang von Dr. Carl Hegel. Rostock 1856. 438

11) Ueber die Anfänge der Vassallität, von Georg Waitz (aus dem siebenten Bande der Abhandlungen der königl. Gesellschaft der Wissenschaften zu Göttingen). Göttingen 1856. 442

12) Kong Christian den fjerdes Norske Lovbog af 1604. Efter Foranstaltning af det akademiske Kollegium ved det Kongelige Norske Frederiks Universitet udgiven af F. Hallager og Fr. Brandt; Christiania 1855. 446

XVIII. Inhalt der juristischen Zeitschriften.

1) Archiv für die civilistische Praxis. Bd. XXXIX. (1856). 449

2) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, neue Folge, Bd. XIII. (1856) und Bd. XIV Heft 1. 450

3) Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. Von Beseler, Reyscher und Wilda. Bd. XVI. 451

4) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes. Von C. F. v. Gerber und R. Ihering. Bd. I. Heft 1 und 2. 452

Zur Literatur des Patentwesens. (Eingesandt). 453

Digitized by Google

I.

Zur neuesten civilistischen Literatur.

1) Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Civilistische Abhandlung von Otto Bähr, Obergerichtsrath zu Fulda. Cassel, Verlag von Oswald Bertram. 1855. (336 S.)

Wenn die kritische Ueberschau sich vorgesetzt, vorzüglich auf solche literarische Erzeugnisse ihr Augenmerk zu richten, die einen Fortschritt in dem wissenschaftlichen Ausbau des Rechts der Gegenwart anbahnen, so darf sie nicht unterlassen, von der oben bezeichneten Schrift Rechenschaft zu geben, welche, von einem praktischen Juristen verfaßt, und nicht minder auf solider Kenntniß der Grundlagen des geltenden Rechts beruhend als einen klaren nicht durch hergebrachte Theoreme beirrten Blick für die Bedürfnisse und Anforderungen des heutigen Rechtslebens bewährend, den erfreulichen Beweis liefert, wie die gründlichere Bearbeitung namentlich des römischen Rechts auch für die Praxis gute Früchte bringt und der Grund zu der vielvernommenen Klage über die Kluft zwischen Praxis und Theorie zu schwinden beginnt.

Unter Puchta's kleinen civilistischen Schriften findet sich unter Nro. XXXV. S. 609—611 ein aus dessen Nachlaß mitgetheiltes Fragment über die Frage: 1) ob und in welchem Umfange Anerkennung als Vertrag aufzufassen, und 2) ob sie ein Rechtsinstitut mit einer besondern Theorie ist? Die Frage wird mehr nur hingeworfen als beantwortet; der kleine Aufsatz schließt mit den Worten: „Mir ist nicht klar, inwiefern es wohl Wirkungen der Anerkennung gebe, die sich nicht ohne Annahme eines obligatorischen Vertrags begründen lassen würden." Savigny dagegen (im

Digitized by Google

Syst. des heut. R. R. VII. S. 11 a. E.) bemerkt, daß außer dem gerichtlichen Geständniß auch ein auf gleichen Zweck gerichteter Vertrag vorkommen könne, mit dem Zusatze: „Dieses ist der Recognitivvertrag, der in das Obligationenrecht gehört und gewöhnlich nicht in seiner wahren Natur aufgefaßt wird.“ Die vorliegende Schrift belehrt uns nun (S. 215) nach einer ungedruckten Mittheilung, daß Savigny über diesen Punkt mit Puchta in Briefwechsel gestanden, dem ohne Zweifel obenangeführtes Fragment seine Entstehung verdankte, und referirt uns dabei eine neuere Aeußerung Savigny's, mit den Schlußworten: „die meisten und wichtigsten Fälle (der Anerkennung) lassen sich in der von mir (Syst. VII. S. 11) angedeuteten Weise unter den Begriff obligatorischer Verträge subsumiren, und es lohnt sich sehr der Mühe, dafür eine gemeinsame Theorie aufzustellen.“ Eine solche Theorie der Anerkennung zu entwerfen, hat nun Herr Bähr unternommen, und er hat dieß in einer Weise gethan, daß ihm Anerkennung nicht entgehen kann. Nach unserem Erachten lohnt es sich wohl der Mühe, der Ausführung des Vf. einen ziemlichen ausführlichen Artikel zu widmen.

Als den Gegenstand seiner Schrift bezeichnet der Vf. (§. 1) die Darstellung von Rechtsgeschäften, deren Zweck nicht sowohl darauf gerichtet ist, neue Rechtsverhältnisse zu begründen, als vielmehr die Verfolgung bereits vorhandener zu erleichtern und sicher zu stellen. Dem gerichtlich geltend zu machenden Recht droht die doppelte Gefahr: vorerst, daß es vielleicht nicht gelingt dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der es begründenden Thatsachen beizubringen, sodann, daß der Richter möglicher Weise auch die vollständig erkannten Thatsachen unrichtig beurtheilen mag. Diese Gefahren treten am stärksten hervor bei Forderungsrechten, zumal bei denjenigen, welche auf eine Gegenleistung nach vorausgegangener Leistung gerichtet sind, am meisten da, wo „die Vorleistung bestimmt ist, in dem Vermögen des Empfängers aufzugehen und nur in der Gestalt einer gleichartigen Leistung in das Vermögen des Gebers zurückzukehren,“ wie es beim Darlehn der Fall ist. Vorbeugen aber kann man theils dadurch, daß dem Rechtsverhältniß eine neue Grundlage gegeben wird, welche statt des ursprünglichen processualisch zu wirken vermag, theils durch voraus verschaffte Beweismittel, welche auch im ersten Falle zugleich an die neugeschaffene Grundlage angeknüpft werden können. Der Vf. nennt

Digitized by Google

diese Mittel gegen die „auf dem Wege zwischen Klage und Urtheil“ liegenden Gefahren prozessualische Sicherungsmittel. Nur auf die dazu dienenden Rechtsgeschäfte beschränkt sich seine Schrift, mit Uebergehung der materiellen Sicherungsmittel, welche einer dritten „auf dem Wege zwischen Urtheil und Vollziehung“ liegenden Gefahr, der Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Verurtheilten, zu begegnen geeignet sind. Im römischen Rechte kommen als zu jenem Zwecke dienend namentlich Stipulation und Urkunde vor, neben welchen als materielle Cautio die Satisdatio steht. „Den Ausgangspunkt dieses ganzen Cautionswesens aber bildete die Stipulation,“ welche in späterer Zeit zu Erreichung des zweiten der obengenannten Zwecke mit der Urkunde sich verband, und in dieser Verbindung (als Stipulationsurkunde, vorzugsweise Cautio genannt) eine Bedeutung gewann, „kraft welcher sie unmittelbar in das heutige Recht hereinragt.“

Nach dieser Einleitung unternimmt der Vf. zunächst die Wirksamkeit der Stipulation in jener Beziehung und die Bedeutung ihr verwandter Rechtsgeschäfte nach römischem Rechte bis zu Justinians Zeit darzulegen, und dann auf dieser Grundlage die Lehre des heutigen Rechts aufzubauen, deren Darstellung den eigentlichen Zweck seiner Schrift bildet. Diese zerfällt demnach in zwei Haupttheile: I. Römische Grundlagen (§. 3 — 39, S. 8—148), II. heutiges Recht (§. 40—70, S. 151—287). Daran schließt sich als Anhang (S. 291—336) noch eine besondere Ausführung über die exceptio non numeratae pecuniae. Wir halten es für angemessen, vorerst die wohldurchdachte und consequent ausgeführte Entwickelung des Vf., ohne Unterbrechung durch störende Kritik des Einzelnen, dem Leser im Auszuge darzulegen, und uns unser Urtheil über das Ganze und Bemerkungen über Einzelnes für das Ende dieses Artikels vorzubehalten.

I. Römische Grundlagen.

Jede Vermögenszuwendung steht in nothwendiger Rückbeziehung zu einer juristischen Function, welche dieselbe auszuüben bestimmt ist (causa i. w. S.). Sie kann entweder Selbstzweck seyn, dann fällt sie unter den Begriff der Schenkung, deren Charakter in der Negation einer anderweitigen causa liegt, welche Negation aber als dem Handelnden bewußte selbst zu einer causa wird (donandi causa); oder sie kann um eines außer ihr liegenden

Digitized by Google

Zwecks willen geschehen, in welchem dann eine positive causa liegt. Das eine oder andere ist eine nothwendige Voraussetzung juristischen Handelns; „die causa in diesem subjectiven Sinn ist eine psychologische Nothwendigkeit." So insbesondere bei Uebertragung von Eigenthum, wie bei Gewährung eines Forderungsrechts. Gelangt nun der juristische Zweck, wegen dessen die Vermögensübertragung geschieht, zur objectiven Realität, so gestaltet sich diese zum juristischen Grunde jener, d. i. causa im objectiven Sinn. Es ist aber möglich, daß objectiv jener juristische Zweck nicht zu erreichen steht. Welche Wirkung hat ein solcher Mangel auf den Act der Vermögensübertragung selbst?

Uebertragung des Eigenthums ist unabhängig von ihrem Rechtsgrunde; nur ausnahmsweise wirkt ein gegen das ihr zu Grunde liegende Rechtsgeschäft gerichtetes Verbot vernichtend auf den Eigenthumsübergang. Das obligatorische Versprechen dagegen stellt sich meistens „als ein von der rechtlichen Beziehung, in welcher es steht, ungetrennter Willensact dar." Den Kaufpreis z. B. verspreche ich nur insofern, als der Andere sich mir zur Leistung der Waare verbindlich macht, die Rückzahlung des Geldes beim Darlehensvertrage nur insofern, als dieses Geld in mein Eigenthum übertragen wird. Man kann dieses Verhältniß der Abhängigkeit, worin das Versprechen zu seinem Rechtsgrunde steht, als „synallagmatische Beziehung" bezeichnen. Aber durch die Stipulation wird das obligatorische Versprechen zur Unabhängigkeit von seinem Rechtsgrunde erhoben; in ihr wird „das einfache Versprechen, mittelst Abstraction von dessen Rechtsgrund, zu einer selbstständigen Obligation erhoben," — „nicht als ob sich die Contrahenten durch diese Abstraction der subjectiven Beziehung auf einen solchen Rechtsgrund entäußerten — denn dadurch würde die Stipulation zu einem psychologischen Unding werden —; vielmehr hat seine Abstraction nur die Bedeutung, daß das in der Stipulation enthaltene einfache Versprechen eine Obligation in das Vermögen des Stipulanten überträgt, welche von dem Rechtsgrunde des Versprechens (objectiv gedacht) zunächst unabhängig dasteht." Dem entsprach die, in Bestimmtheit und Klarheit sich fest abschließende Form, worin sich der auf solche Verpflichtung gerichtete Wille kund zu geben hatte. Sie ließ den Grund, zu welchem das Versprechen subjectiv in nothwendiger Beziehung stand (ihre causa), als etwas

Digitized by Google

von diesem getrenntes hinter sich zurück. Doch konnte die Stipulation ihre causa auch wohl in sich aufnehmen, z. B. in Form einer Bedingung oder sonst durch Bezugnahme auf eine bestehende Verpflichtung, während andrerseits auch die Eingehung eines gegenseitigen Verpflichtungsverhältnisses noch zu einer außer dem Vertrage liegenden causa in Beziehung stehen kann. Die causa der Stipulation wie der Tradition kann übrigens auch in Verhältnissen liegen, in welchen Promittent oder Stipulant zu einer dritten Person stehen; die Stipulation selbst ist auch hier nicht abhängig von der Realität der dabei vorausgesetzten Beziehung zu dem dritten, wo nicht durch den besondern Inhalt solche Abhängigkeit begründet ist, wie sich bei der fidejussio ihrer Natur nach von selbst ergibt.

Nach dem Bisherigen kann die Stipulation in doppeltem Sinn als ein formeller Contract bezeichnet werden: einmal positiv, indem sie an eine bestimmte Form der Willenserklärung gebunden ist; sodann im Gegensatz materieller Contracte bloß negativ, insofern ihre rechtswirkende Kraft an sich nicht durch das Daseyn eines ihr entsprechenden juristischen Grundes bedingt ist, dieselbe sich also, so zu sagen, von der Materie losreißt. Rücksichtlich dieser negativ formellen Natur stehen die Stipulation und litterarum obligatio im classischen Recht unter den obligatorischen Verträgen allein da, haben aber in dieser Beziehung nahe Verwandtschaft mit der Tradition, was in der Gleichartigkeit der Anfechtung ihres Resultats wegen Mangels der causa am bedeutsamsten hervortritt.

So entwickelt der Vf. in Cap. I. den Charakter der Stipulation (§. 3 — 8), und erörtert dann in Cap. II. das Verhältniß derselben zu ihrer causa genauer (§. 9 — 16). Bezüglich der Eigenthumsübertragung unterscheidet er, abgesehen von der Schenkung, das datum credendi und solvendi causa und das datum ob causam im engern Sinn, das letzte als diejenige Eigenthumsübertragung, „welche ihre causa (futura oder praecedens) in einer ihr abstract gegenüberstehenden Thatsache sucht", während in den beiden ersten Fällen unmittelbar an die Hingabe sich anschließend Begründung, beziehungsweise Aufhebung einer Forderung als juristischer Zweck sich darstellt. Bezüglich der Stipulation aber schließt er das erste Glied, die credendi causa, aus, in dem Sinne nämlich, daß ein creditum durch Stipulation nicht eingegangen werden

Digitized by Google

konnte (in einem andern Sinn ist stipulatio credendi causa nur eine Art der stip. ob causam); nur solvendi causa und ob causam kann Stipulation so gut wie dátio stattfinden. Eine stipulatio solvendi causa ist Novation, wobei eine zweifache Willenseinigung vor sich geht: Constituirung eines neuen Forderungsrechts und das Aufgeben einer älteren Forderung, welche durch jenes als Surrogat gezahlt wird. Das letzte, die tilgende Wirkung, tritt nur ein, wenn ein neues Forderungsrecht wirklich entsteht; dagegen die erstere bildet eine abstracte Vermögenszuwendung, unabhängig von ihrer causa, daher an sich auch wirksam, wenn auch die Tilgung einer bisherigen Obligatio nicht erreicht wird, z. B. weil eine solche nicht bestand. Die Tilgung muß aber jedenfalls beabsichtigt seyn; ist sie's nicht, so tritt die neue Obligatio zu der bisherigen hinzu. Dieß ist der Fall der sog. cumulativen Novation. Der Vf. bezeichnet ihn passend als accessorische Stipulation, welche Sicherstellung der bisherigen Obligatio, sey es materielle oder processualische, bezwecken könne, accessorisch aber nicht in dem Sinne, daß sie wie die Obligatio des Bürgen abhängig wäre von dem Bestand der bisherigen Obligatio; dieser ist nicht Bedingung, sondern nur causa der Stipulation, die hier eigentlich nicht solvendi causa, sondern ob causam (und zwar praecedentem) geschieht, obgleich man sie wegen ihrer Bezugnahme auf eine bestehende Schuld auch mit der wirklich novirenden Stipulation als stipulatio debiti zusammenstellen kann. Die letzte aber von andern Stipulationen ob causam zu unterscheiden, ist deßhalb von Interesse, weil diese nach den Grundsätzen der condictio ob causam, jene nach denen der condictio indebiti der Anfechtung unterliegen können. Wenn übrigens die Rückgabe eines Gegenstandes in unmittelbarer Anschließung an dessen Hingabe stipulirt wird, so ist dieß nicht stipulatio debiti; vielmehr wird hier die materielle Obligatio, z. B. aus dem Darlehn, von der formellen abstrahirt und die letzte als einziges Product des ganzen Geschäfts angesehen.

Was nun den Einfluß der causa auf die Wirksamkeit der Stipulation betrifft (Cap. III. §. 17 — 28.), so kommt insbesondere die Anfechtbarkeit der Stipulation wegen Mangels der causa näher in Betracht, welcher die Anfechtung einer Eigenthumsübertragung aus gleichem Grunde vollkommen parallel geht. Vor

Digitized by Google

allem der Mangel des objectiven Bestandes der causa (wobei nicht an Ermangelung des Bewußtseyns eines bestimmten „Zwecks, d. i. der subjectiven causa zu denken ist) begründet ein persönliches Recht der Rückforderung, daher eine condictio sine causa, deren besondere Abzweigungen die condictio ob causam datorum, „von welcher wieder die condictio causa data causa non secuta eine besondere Richtung bezeichnet," und die condictio indebiti bilden. Ist ob causam futuram etwas gegeben, so wird die condictio lediglich durch den Nichteintritt der causa begründet, „unabhängig davon, ob der Geber den Nichteintritt der causa hätte wissen können oder nicht, unabhängig selbst davon, ob er diesen Nichteintritt selbst verschuldet hat." Das ursprünglich durch die Hingabe begründete Verhältniß war materiell noch unvollendet; dem Beklagten liegt der Beweis ob, daß es durch Eintritt der causa eine Veränderung erlitten habe, um die Rückforderung auszuschließen. Dasselbe muß gelten, wenn eine Leistung ob causam futuram vorerst nur verabredet, dann in Beziehung darauf vollzogen ist und nun behauptet wird, zur Zeit der wirklichen Leistung sey die causa schon eingetreten; denn erwiesen liegt nur vor, daß Condicent auf Grund der (nach R. R. klaglosen) Verabredung geleistet hat, und von diesem Standpunkt erscheint die Leistung zunächst nur als ob causam futuram geschehene. Für die condictio ob causam datorum verschwinden somit die Begriffe von causa futura und praeterita als unterschiedslose: „der Condicent hat nur zu beweisen, daß er unter Verabredung einer causa gegeben." Wenn jedoch z. B. eine dos ausdrücklich als für eine bereits geschlossene Ehe bestimmt gegeben ist, so liegt darin eine Anerkennung der schon vorhandenen causa, welche gegen den Condicenten beweisend den Beklagten vom Beweise befreien kann; jener muß, um die Condictio durchzuführen, durch Gegenbeweis die Wirkung jener Anerkennung aufheben. Bloß vom Standpunkte der datio ob causam würde dasselbe gelten müssen, wenn etwa nach vorgängiger Abrede eines Tausches mit ausdrücklicher Beziehung auf die als geschehen angenommene Gegenleistung gegeben wäre. Aber nach der Theorie der actio praescriptis verbis erscheint hier die letzte Leistung nicht mehr als datum ob causam, sondern als datum solvendi causa, und die condictio ist sodann die condictio indebiti, „bei welcher die Anerkennung eine wesentlich verschiedene Bedeutung gewinnt."

Digitized by Google

Wer solvendi causa gibt, erkennt damit die Schuld an. Zur Begründung der condictio indebiti ist nun aber nicht bloß Irrthum, sondern auch (wie der Vf. mit den bedeutendsten Rechtslehrern annimmt) entschuldbarer Irrthum erforderlich. „Die Obligation, diese Spannung zwischen Gläubiger und Schuldner, trägt das Bedürfniß in sich, einmal zur Ruhe zu gelangen. Für den Schuldner wird dieses Bedürfniß durch das Institut der Klagenverjährung, für den Gläubiger durch die strengen Grundsätze der condictio indebiti befriedigt. Die Zahlung bildet den naturgemäßen Abschluß, mit welchem das Schuldverhältniß seine Lebensaufgabe erfüllt hat. Von da an muß es ohne wesentliche Gefährdung des Gläubigers der Vergessenheit anheimgegeben werden dürfen, um neuen Verkehrsverhältnissen Platz zu machen. Hiermit würde es unvereinbar seyn, wenn der Schuldner willkürlich, lediglich weil er nunmehr das Gezahlte nicht schuldig zu seyn behauptet, die Obligation von neuem zur Contestation bringen könnte." — — „So erscheint die Beschränkung der condictio indebiti auf das Gebiet des entschuldbaren Irrthums als das Product wahrer aequitas." Aber — „nur der rechtliche Wille kann einer Entschuldigung mittelst Irrthums bedürftig und fähig erscheinen;" das Element also, welches bei dem datum solvendi causa obwaltet, als Ursache jenes bei der condictio ob causam nicht vorkommenden besondern Erfordernisses, muß nothwendig ein Willensact seyn; in der Eigenthumsübertragung an sich aber kann es nicht bestehen, sondern nur in der Eigenthumsübertragung auf der Grundlage einer als bestehend angenommenen Verbindlichkeit oder in der mit jener verbundenen Anerkennung der bestehenden Verbindlichkeit. „Wir lernen hiermit die Anerkennung . . . in einer zweiten stärkern Wirksamkeit als formell bindenden Willensact kennen. Derjenige, welcher auf eine bestehende Schuld zahlt, wird rechtlich so angesehen, als ob er die Schuld für sich bestehen lassen wolle." Der Vf. nennt diese Anerkennung ächte Anerkennung, diejenige dagegen, welche nur in ihrer natürlichen Beweiskraft wirkt, unächte Anerkennung. Jene wirkt nur soweit sie sich in einer vollendeten Vermögensübertragung bethätigt hat. Wer z. B. Zinsen gezahlt hat, bedarf zu deren Rückforderung, der Entschuldigung des Irrthums, nicht ebenso auch zur Bestreitung der noch nicht gezahlten Capitalforderung, obgleich als Beweis-

Digitized by Google

moment die Zinszahlung in gleichem Maße für die Richtigkeit der Kapital- wie der Zinsschuld spricht." Die Anerkennung als Beweismoment wirkt nicht in allen Verhältnissen gleichmäßig;" es kommt dabei z. B. die Individualität des Zahlenden in Betracht dagegen die Anerkennung als Willensact „wirkt gleichmäßig gegen jeden, der eines juristischen Willens fähig ist." Die Rückforderung des vom Unmündigen Gezahlten ist nicht durch Irrthum bedingt; eine Beweiskraft könnte wohl auch hier noch der Anerkennung zukommen. „Als Beweismoment gehört die Anerkennung dem Proceß an, als Willensact fällt sie in das Gebiet des materiellen Civilrechts. In ersterer Eigenschaft beweist sie den objectiven Bestand der Schuld, in letzter Beziehung ersetzt sie denselben: die Anerkennung der bestehenden Schuld als subjective causa bildet ein Surrogat der objectiven. Die ächte Anerkennung hat die Natur des Geständnisses im Civilproceß, die unächte die des Geständnisses im Strafproceß." Die beiden Naturen der Anerkennung stehen jedoch in naher Verwandtschaft und können deßhalb leicht mit einander verwechselt werden, „weil das natürliche Element, welches deren beweisende Kraft erzeugt, auch den positiven Vorschriften über die Willensfähigkeit zu Grunde liegt, und so einen mittelbaren Einfluß auf die Anerkennung als Willensact ausübt."

Ist der Irrthum wesentliche Bedingung der condictio indebiti, „gleichsam der Restitutionsgrund gegen die in der Zahlung enthaltene Anerkennung," so hat der Condicent denselben zu beweisen, und dazu gehört als objectives Moment die Nichtexistenz der Schuld, als subjectives Moment der Glaube an deren Existenz. Der letzte jedoch als innere Thatsache steht nur durch Schlußfolgerungen zu erkennen, und wird daher nach Umständen schon zur Folge des Beweises über den objectiven Nichtbestand der Schuld als glaubhaft anzunehmen seyn, so, wie auch nach den concreten Verhältnissen zu bemessen ist, ob der bewiesene Irrthum ohneweiters für entschuldbar zu halten oder in dieser Beziehung noch ein weiterer Beweis zu erfordern sey, und anderseits je entschuldbarer ein Irrthum, desto leichter auch an seine Existenz zu glauben ist (probabilis error in doppeltem Sinn). Wo nun nach den concreten Verhältnissen der Beweis des indebitum zugleich auf den Irrthum schließen läßt, da hat die Anerkennung als Willensact wie als Beweismoment die gleiche Wirkung, daß der Kläger le-

Digitized by Google

züglich Beweis wider die Schuld zu führen hat. Aber dem Beklagten muß es gestattet seyn, Momente darzulegen, aus welchen hervorgeht, daß der Kläger bei der Zahlung nicht in entschuldbarer Weise geirrt haben könne; hätte die in der Zahlung liegende Anerkennung bloß die Bedeutung eines Beweismoments, so könnte von einer solchen Vertheidigung des Beklagten nicht die Rede seyn.

Damit findet der Vf. denn auch den Hauptsatz der L. 25 pr. D. de probat. im Wesentlichen übereinstimmend, großen Anstoß aber findet er bei §. 1 derselben Stelle, insofern hier noch anderen Personen als dem Pupillen der Beweis der Nichtschuld erlassen; sodann bei §. 2, insofern hier den nach §. 1 beweisfreien Personen für den Fall, daß sie das Gezahlte nur pro parte zurückfordern, der Beweis wieder aufgebürdet wird; er erklärt diese §§. für ungeschicktes Machwerk der Compilatoren, dessen Inhalt wir „als außerhalb der Wissenschaft liegend" betrachten müssen, und das ihn nicht abhält, bei dem Resultate seiner Untersuchung zu verbleiben: „Der condictio ob causam gegenüber begründet der objective Bestand der causa eine (vom Verklagten zu erweisende) Einrede (im heutigen processualischen Sinn); bei der condictio indebiti bildet die Nichtexistenz der causa (der Nichtbestand der Schuld) einen Theil des Klagegrunds."

Was nun bisher von der datio gesagt worden, findet auch auf die promissio Anwendung. In einigen Fällen zwar zeigt das promissum sine causa eine schwächere Wirksamkeit als das datum sine causa, z. B. ex Sc. Velleiano oder Macedoniano; die Regel aber ist, daß die Stipulation wegen Mangels der causa nur der gleichen Anfechtung unterliegt wie die datio. Das Rechtsmittel ist auch hier condictio, und zwar gerichtet auf förmliche Liberation, mit der aber hier als eine anderartige Hülfe die exceptio doli gegen die Klage aus der Stipulation concurrirt. Bei der Anfechtung des indebite promissum, einerlei ob die Stipulation novirend oder accessorisch, muß denn auch rücksichtlich der Beweispflicht dasselbe gelten, wie bei der solutio indebiti, kraft der in der Stipulation sich bethätigenden Anerkennung der Schuld, und zwar ohne Unterschied, ob die Anfechtung durch condictio oder exceptio geschieht. Im letzten Fall muß der Excipient, wie in jenem der Condicent, die objective Nichtexistenz der vorausgesetzten Schuldverbindlichkeit beweisen, während hingegen bei der

Digitized by Google

stipulatio ob causam so wenig der Excipient wie der Condicent die Nichtexistenz der causa, sondern der Gegner deren Eintritt zu beweisen hat (§. 26), wovon nur eine Anwendung, daß der exceptio non numeratae pecuniae gegenüber der Kläger die Auszahlung des Darlehens beweisen muß (§. 27.).

Die Bedeutung der Stipulation für Sicherung der Obligationsverhältnisse nach dem Standpunkte classischer Jurisprudenz faßt hiernach der Vf. in §. 28 folgendermaßen zusammen: „War die Stipulation (einerlei ob novirend oder accessorisch) mit Beziehung auf eine bestehende Verbindlichkeit eingegangen, so hatte dadurch der Gläubiger als Grundlage seines Forderungsrechts ein neues Rechtsgeschäft gewonnen, welches in seiner bestimmten Form über die Verpflichtung des Promittenten keinen Zweifel ließ und für dessen Aufrechthaltung schon die subjective Beziehung auf eine vorhandene Schuld so lange genügte, als diese nicht wegen Dolus oder entschuldbaren Irrthums anzufechten stand." Auch er „wird rechtlich so angesehen, als ob er die Schuld gegen sich gelten lassen wolle, so lange er nicht diese bethätigte Willensmeinung als eine irrige zu entschuldigen vermag. Die stipulatio debiti macht also den Gläubiger der Vortheile theilhaftig, welche die sonst erst mit der Zahlung verbundene ächte Anerkennung gewährt" (S. 103). Sie hat in dieser Beziehung die größte Aehnlichkeit mit dem legatum debiti. Dagegen der stipulatio ob causam gegenüber hat das materielle Element die Oberhand behalten, indem der daraus Klagende nachweisen müßte, daß jene durch Eintritt der causa ihre materielle Grundlage erhalten habe. Wo die causa der Stipulation in einer eigentlichen Gegenleistung bestand, „da verschwand die Bedeutung der Stipulation dem realen Element des Vertragsverhältnisses gegenüber fast gänzlich;" denn der Stipulant konnte daraus nicht klagen, ohne nachzuweisen, daß er seinerseits geleistet habe, und war dieß der Fall, so konnte er auch ohne Stipulation aus dem Realcontract klagen. „Unter diesen Umständen war der Gedanke nahe gelegt, das formelle Element ... wieder auf positivem Wege zu stärken. Und diesen Gedanken finden wir später für den wichtigsten Fall der stipulatio ob causam, die stipulatio credendi causa, in der That verwirklicht durch die Beschränkung der exceptio n. n. p. auf eine gewisse Zeit, nach deren Ablauf die formelle Obligation wieder ungeschwächt hervortrat."

Digitized by Google

So der Vf. S. 105. In Cap. IV. (§. 29—32) behandelt derselbe als der Stipulation verwandte Rechtsverhältnisse die Acceptilation, das Constitutum, das pactum de non petendo und den Vergleich, deren Aehnlichkeit und Verschiedenheit er in treffenden Zügen hervorhebt. Die erste hat die abstract formale Natur mit der Stipulation gemeinsam, nur in entgegengesetzter Tendenz, als imaginaria solutio, den Nichtbestand einer Obligatio formell feststellend, ebenfalls nicht denkbar ohne eine subjective causa, und auf Grund einer materiellen causa, außer zum Zweck der Sicherung, in den mannichfaltigsten Beziehungen, theils der stipulatio ob causam, theils der stipulatio ex praecedente causa entsprechend, angewendet, auch ohne Zweifel zur processualischen Sicherung einer bereits früher erfolgten vollkommenen Tilgung der Obligatio mittels formeller Anerkennung des Nichtbestands der letzten, brauchbar, aber auch eben so wie die Stipulation wegen Mangels der causa anfechtbar, wenn gleich nicht durch exceptio (replicatio) doli, weil die ipso jure tilgende Acceptilatio keine exceptio im Sinne des Formularprocesses veranlassen, also auch nicht durch replicatio angefochten werden konnte. Das constitutum (debiti proprii) dagegen bildet einen entschiedenen Gegensatz gegen die zwischen Gläubiger und Schuldner eingegangene stipulatio ex causa praecedente, weil es durch die ursprüngliche Schuld bedingt, wegen Mangels derselben ipso jure ungültig war. Die darin enthaltene Anerkennung mochte ein Beweismoment für die Existenz der Schuld abgeben, konnte aber nicht die Bedeutung einer ächten Anerkennung gewinnen, „da sie nur durch ein nudum pactum, also durch keine in sich vollendete Vermögensübertragung bethätigt war," weshalb es auch niemals zu novirender vermochte. Das Interesse desselben lag in andern Rücksichten. Justinian, dasselbe beibehaltend, „bestätigt den alten Satz, daß nur ein wirkliches debitum constituirt werden könne, nicht aber als eine nothwendige Consequenz des Princips von der Klaglosigkeit der nuda pacta. — sondern weil ihm die Anschauung, daß die Formalcontracte, wenn ihnen ein indebitum zu Grunde liege, zwar ipso jure gültig, aber mittels Condictionen anfechtbar seyen, nur als eine lästige Formalität, als ein widerwärtiges legum jurgium erschien. — Gegenbeweis und Anfechtung, constitutum und Stipulation flossen vor seinen getrübten Blicken in einander. Hätte er dieser Anschauung consc-

Digitized by Google

quent Folge gegeben, so würde er die ganze Stipulationslehre hinweggestrichen und das constitutum an deren Stelle gesetzt haben. Glücklicherweise hat er das nicht gethan, und dadurch, wenn auch unbewußt, die befruchtenden Elemente des classischen Rechts auf unsre Zeiten übertragen" (S. 113).

Bei dem pactum de non petendo hinwiederum zeigt sich eine nähere Verwandtschaft zu dem analogen Institute des Civilrechts, der Acceptilation. Es ist „die formlose auf Freigebung von einem Anspruch gerichtete Willenseinigung zu einem abstractum erhoben, wie Stipulation und Acceptilation mit einer causa in Beziehung gesetzt, „welche erst seinen eigentlichen materiellen Gehalt bestimmt," in deren Ermangelung aber nicht vermögend, den Verlust der Forderung herbeizuführen, weil alsdann, obwohl ipso jure gültig, durch replicatio doli seiner Wirksamkeit beraubt. Zu seinem Daseyn bedarf es übrigens durchaus nicht eines ausdrücklichen Versprechens; es genügt eine acceptirte Erklärung über den Nichtbestand des Anspruchs, „wenn nur diese Erklärung in einer Weise erfolgt, daß dadurch die Absicht, dieselbe gegen sich gelten lassen zu wollen, an den Tag tritt;" — z. B. die Erklärung: profiteor te non teneri, stillschweigend auch in der Rückgabe des Schuldscheins zu finden. „Die ausgedrückte Ansicht gestaltet sich durch die Umstände, unter denen sie erklärt wird, zur Absicht, zum wirklichen Willensacte um" (S. 116).

Endlich der Vergleich „hat mit den vorbetrachteten Rechtsgeschäften das gemein, daß er keinen selbstständigen Rechtsstoff hat, sondern seinen Stoff einem bereits bestehenden Rechtsverhältnisse entnimmt; man kann ihm insofern eine gewisse formelle Natur beilegen." In ihm verbinden sich aber zwei correspondirende Verpflichtungsacte, in der Regel eine Schuld- und eine Nachlaßerklärung. Die Vergleichsverpflichtung läßt sich nun zunächst auf das ursprüngliche Rechtsverhältniß zurückführen, das jedoch als ein ungewisses unterstellt, gleichwohl aber selbst für den Fall, daß sich dasselbe materiell anders ausweisen sollte, formell festgestellt wird. Was ihm in dieser Beziehung als Bestimmungsgrund abgeht, wird durch die Gegenseitigkeit der beiderseitigen Zugeständnisse ersetzt, wodurch das Unzureichende der causa in dem ursprünglichen Rechtsverhältniß gedeckt wird. Deckt er es in seinem ganzen Umfange, so kann von einer Anfechtung des Vergleichs vom Standpunkte

Digitized by Google

des ursprünglichen Verhältnisses nicht die Rede seyn. Ist aber dabei etwas als unbestreitbar vorausgesetzt, und es ergibt sich, daß dieses in Wirklichkeit anders sey, so hat derjenige, welcher von dieser Voraussetzung zu seinen Ungunsten ausging, in dem Nachgeben des andern Theils kein genugsames Surrogat für seine Leistung erhalten. „Das vergleichsweise Geleistete oder Versprochene beruht hier also zu einem wesentlichen Theile allein auf dem Bestande des ursprünglichen Rechtsverhältnisses, und muß wegen Mangels desselben der Anfechtung unterliegen. Die Grundlage für diese Anfechtung kann aber keine andere seyn, als die der condictio indebiti" (S. 118).

Nach dieser Abschweifung wendet sich der Vf. wieder zur Stipulation zurück, und legt (in Cap. V. §. 35—37) dar, wie seit der Zeit der letzten classischen Juristen allmählig, in Folge der Abschwächung der formellen Rechtsgeschäfte, ein fast vollendeter Uebergang der Stipulation in die Schuldurkunde, der Acceptilation in die Quittung stattfand, „welche gleichsam als Rückstand des Verflüchtigungsprocesses, dem Stipulation und Acceptilation unterlagen, an deren Stelle traten." Factoren dieser Entwickelung waren der zunehmende Weltverkehr und der dadurch beförderte Einfluß des jus gentium, dann die Beseitigung des Formularprocesses und insbesondere die Grundsätze, welche für den Beweis durch Urkunden geltend wurden. Was diese betrifft, so kann, wie der Vf. S. 23 fg. ausführt, eine Geschäftsurkunde nicht bloß Beweismittel, sondern ihrem Inhalt nach selbst „Ausdruck des juristischen Willens" seyn, „die äußere Erscheinung, gleichsam den Körper des betreffenden Willensactes" bilden; „der Inhalt der Urkunde ist juristische Thatsache, welche Rechte begründet, nicht bloß beweist." Wenn z. B. ein Kauf nach Verabredung schriftlich abgeschlossen wird, so ist der Inhalt dieser Urkunde nicht das Beweismittel eines außer ihr liegenden Vertrags, sondern der Vertrag selbst. Auch die nachfolgende Beurkundung eines mündlich bereits vollständig geschlossenen Kaufvertrags würde eine wiederholte Abschließung des Vertrags enthalten, und selbst wenn nur der Käufer nachher dem Verkäufer die schriftliche Bescheinigung ausstellte, z. B. daß er ihm für verkauften und überlieferten Weizen 100 Thlr. schuldig geblieben sey, so liegt auch darin eine stärkere als bloß beweisende; es liegt eine verpflichtende Kraft darin verborgen, anders als wenn

Digitized by Google

derselbe dasselbe nur zu seiner Notiz auf ein Blatt Papier geschrieben hätte, das ohne seinen Willen in die Hände des Gläubigers gekommen, in welchem Fall der Inhalt der Schrift nur Beweismittel seyn könnte. Auf die Bedeutung eines Beweismittels aber ist die Urkunde jederzeit dann beschränkt, wenn das beurkundete Verhältniß an besondere außerhalb derselben liegende Formen oder Thatsachen geknüpft ist. So war es nach römischer Contracts-Theorie der Fall, wenn Jemand eine Urkunde darüber ausstellte, daß er aus einem andern Rechtsgeschäfte, z. B. aus empfangenem Darlehn oder aus einer Stipulation etwas schulde, da der darin ausgesprochene Wille nur ein nudum pactum erzeugen konnte. Aber das practische Bedürfniß führte dazu, die Beweiskraft einer solchen Urkunde sehr entschieden anzuerkennen, selbst auf die Gefahr hin, daß sich darunter nur ein formloser Verpflichtungswille versteckte. So wurde die urkundliche Beglaubigung der geschehenen Stipulation oder Promission als vollbeweisend für deren wirkliche formelle Vornahme angesehen, und Justinian gestattete dagegen als Gegenbeweis nur den durch Zeugen oder Urkunden zu führenden Beweis des Alibi der Contrahenten. Begreiflich, daß darnach neben Abfassung der Stipulationsurkunde die persönliche Zusammenkunft der Contrahenten, mündliche Frage und Antwort häufig unterblieb und Justinian sich darauf berufen mochte, daß verba consueta stipulationum et subtilis immo magis supervacua observatio ab aula concessit. „Die Stipulation als Verbalcontract lebte nur noch in der Theorie fort. Practisch war sie durch ihre Repräsentantin, die Stipulationsurkunde, ersetzt" (S. 131). Nun war es aber des Beweises wegen gewöhnlich, zugleich den Bestand der causa stipulationis in der Stipulationsurkunde zu erwähnen, und so näherte sich diese von selbst dem einfachen Schuldschein, welcher ohne Stipulation über eine einseitige Verbindlichkeit ihrem materiellen Grunde nach ausgestellt war. Diese Annäherung fand einen vermittelnden Anhaltpunkt in der auf beide angewandten Idee eines Litteralcontracts, indem man die griechischen chirographa oder syngraphae als eine Art von Litteral-Obligationen, wenn gleich nicht nach R. R. als solche gültig, auffaßte, eine Idee, die in der Beweiskraft der Urkunde und dem daraus hervorgehenden Sprachgebrauche, der Schuldurkunde und Schuldforderung fast identificirte Nahrung fand. Vollends

Digitized by Google

nach Beseitigung des Formularprocesses schritt die Assimilation zwischen Stipulationsurkunden und einfachen Schuldscheinen immer weiter vor, und im Justinianischen Recht kann man sie als vollendet erkennen, theils in einzelnen gelegentlichen Aussprüchen, theils und vorzüglich darin, „daß auf beide die exceptio non numeratae pecuniae mit der ihr eigenthümlichen Befristung angewendet wurde.“ Denn fehlte in der Urkunde die Stipulationsklausel, „und es trat nun doch mit Ablauf der Exceptionsfrist die Verpflichtung ohne Rücksicht auf die Frage, an pecunia numerata sit, ein: so ließ sich nicht mehr läugnen, daß hier etwas neues entstanden, daß eine Verpflichtung lediglich durch die formelle Kraft der Urkunde begründet sey.“ Dieß ist es, was Justinian ausspricht und anerkennt, indem er eine litterarum obligatio, nicht die ältere römische, sondern den neuern Litteralcontract, der in der Schuldurkunde liegt, in sein System aufnahm, nicht aus Spielerei oder aus theoretischem Irrthum, sondern wirklicher wenn auch nicht klar erkannter Rechtsentwickelung gemäß. Der neue Litteralcontract ist „keine positive Schöpfung, sondern das Product des Absterbens der Stipulationsform, welches besonders rasch in der Richtung vor sich ging, wo in der Beurkundung ein praktisches Surrogat sich darbot. Dadurch wurde das Willenselement, welches in dem einfachen Schuldschein zwar schon früher vorhanden, aber gleichsam latent gewesen war, frei und gelangte zur Wirksamkeit“ (S. 138). — „Ob aber dieser neuere Litteralcontract als ein nach allen Seiten vollendetes Institut zu betrachten, ob z. B. die Anfechtung desselben wegen mangelnder causa praecedens an die Bedingungen der condictio indebiti geknüpft worden sey, kann füglich dahin gestellt bleiben. — Es mag auch jedem überlassen seyn, ob er von einem wirklichen oder von einem Quasi- oder Pseudo-Litteralcontract des neuern Rechts reden will. Die richtige Erkenntniß der Verhältnisse ist von diesem Namen nicht abhängig“ (S. 139).

„Zufolge des geschilderten Umwandlungsprocesses nahmen die Anfechtungsmittel der Stipulation nunmehr ihre Richtung gegen die an deren Stelle tretende Urkunde.“ So beginnt der Vf. das Cap. VI., mit welchem sich (§. 38, 39) seine Darstellung der römischen Grundlagen abschließt. Es fragte sich vorerst, mit Beziehung auf welche causa (subjectiv) stipulirt sey? Wer hatte den Beweis zu führen, wenn die Urkunde über die causa nichts er-

Digitized by Google

gab? Man sollte meinen: der Condicent oder Excipient, so wie wer eine Zahlung als sine causa geleistet zurückfordert, zunächst wird beweisen müssen, wegen welcher vermeintlichen causa er gezahlt habe, um dann die objective Realität dieser causa zu bestreiten. Dem scheint L. 25 §. 4 D. de probat. zu widersprechen. Die hier erwähnte cautio ist nach dem Vf., der darin mit Gneist übereinstimmt, nicht als einfacher Schuldschein, sondern als Stipulationsurkunde zu verstehen. Zur Erklärung der Stelle aber nimmt er an, daß nicht schon das Klagvorbringen des Condicenten selbst das Zugeständniß enthalten dürfe, die cautio sey auf Grund eines vermeintlichen debitum ex causa praecedente ausgestellt, unterlegt ihr vielmehr folgenden Fall: beide Theile sind einig darüber, daß die cautio (eine cautio creditae pecuniae) als Leistung für eine bestimmte materielle causa, namentlich für einen der Stipulationssumme entsprechenden Geldbetrag ausgestellt sey; Kläger aber behauptet, das Geld dafür sey nicht bezahlt, Beklagter dagegen: es sey allerdings gezahlt, indem eine bestehende Schuld darauf in Anrechnung gekommen. So stellt sich das Verhältniß als stipulatio ob causam dar, bei deren Anfechtung der Stipulant die eingetretene causa zu beweisen hat. Ist nun die causa in der Urkunde als eingetreten bescheinigt, so wird der Beweis eben dadurch geführt; wenn nicht, so muß der Stipulant anderweiten Beweis führen, und hat zu dem Ende nachzuweisen: debitum esse, quod in cautionem deduxit. Zwar ist dabei dem Paulus eine Verwechslung vorzuwerfen, insofern er den Beweis des objectiven Bestandes der Schuld zu fordern scheint, während doch nach dem Bisherigen der Beweis des subjectiven Bestandes der causa praecedens (der Anerkennung der Schuld) genügen müßte; aber diese Verwechslung ist nicht auffallend, da sich Paulus auch in L. 31 D de acquir. dom. einer gleichen schuldig macht. Die gemeine Meinung, welche, unter cautio einen einfachen Schuldschein verstehend, dahin geht, daß die sog. cautio indiscreta nicht beweise, würde freilich an sich, wenn jene Bedeutung die richtige wäre, für das classische Recht keinen Anstoß geben, weil damals der Schuldschein nur als Beweismittel im engern Sinn wirken konnte und dazu nicht tauglich war, wenn er nicht speciell das zu beweisende Rechtsgeschäft bezeugte; es würde dann nur irrig seyn, dieß ohneweiters in das heutige Recht zu übertragen. Die Ansicht von Gneist aber, wornach der Stipulator

Digitized by Google

durch die condictio oder exceptio des Promissor jederzeit genöthigt würde, die causa stipulationis (subjective und objective) nachzuweisen, ist unhaltbar; ihr widersprechen L. 5 §. 1 und 25 D. de act. emti, wie Quinctil. inst. or. IV. 2. So bleibt also der Vf. bei dem Satze stehen, daß der Stipulation gegenüber im Zweifel der Condicent oder Excipient vorzulegen habe, welche causa derselben zu Grunde liege, ohne zugeben zu müssen, daß die L. 25 §. 4 cit. mit Savigny u. a. als ein unächtes und wissenschaftlich werthloses Product der Compilatoren preiszugeben sey, wenn gleich er dieser Annahme auch nicht allzu entschieden widersprechen will.

Wenn hingegen der objective Bestand der in subjectiver Beziehung aus der Urkunde sich ergebenden causa stipulationis bestritten wurde, so war zu unterscheiden, ob in der Urkunde auf eine bestehende Schuld oder auf eine Thatsache anderer Art als causa Bezug genommen war. Im ersten Fall hatte der Condicent oder Excipient die Nichtschuld nach den Grundsätzen der condictio indebiti, im andern der Inhaber der Schuldurkunde den objectiven Bestand der causa zu erweisen. Das letzte trat am reinsten hervor, wenn die causa als eine noch zukünftige bezeichnet war; nahm die Urkunde auf die causa als eine bereits bestehende Bezug, so war zwar das Verhältniß nicht wesentlich anders, aber der Beweis konnte eben durch die in der Urkunde enthaltene (unächte) Anerkennung der causa mehr oder weniger genügend erbracht werden. Dahin gehört auch der Fall, wenn die Urkunde auf eine Realleistung, z. B eine Darlehnszahlung, einfach als geschehen, (nicht als in bestimmter Vergangenheit geschehen) Bezug nahm, da diese auf gleichzeitigen Austausch von Geld und Verpflichtungsact berechnet seyn, und deßhalb darin die Anerkennung einer bestehenden Verbindlichkeit nicht gefunden werden konnte. Daher die Möglichkeit der Anfechtung lediglich mittelst Negation der causa, der Geldzahlung, durch die exceptio non numeratae pecuniae, welcher gegenüber der Inhaber der Urkunde sich nicht auf deren formelle Verpflichtungskraft stützen konnte, sondern daneben die Auszahlung des Geldes beweisen mußte. Zu diesem Beweise diente ihm aber allerdings die in der Urkunde enthaltene Empfangsbescheinigung als Beweismittel; dieser war durch jene exceptio die beweisende Kraft nicht benommen, vorbehaltlich des Gegenbe-

Digitized by Google

weises. Dagegen wurde jene exceptio als praktisch bedenklich auf eine bestimmte Zeitfrist eingeschränkt, nach deren Ablauf sie gar nicht mehr zugelassen werden sollte. In dieser Eigenthümlichkeit aber fand sie eben so auf einfache Schuldscheine wie auf Stipulationsurkunden Anwendung, auch dort nur die formelle Verpflichtungskraft des Zahlungsversprechens, nicht die Beweiskraft des Empfangbekenntnisses beseitigend. Hierbei liegt freilich eine von der bisher herrschenden Meinung so weit und so wesentlich abweichende Ansicht über die Bedeutung der exceptio non numeratae pecuniae zum Grunde, daß der Vf. mit Recht derselben einen besondern Anhang zu widmen für angemessen gehalten hat (S. 291—335). Er wendet sich nunmehr dazu

II.) das heutige Recht

zu erörtern, und spricht sich zu dem Ende zunächst im Cap. VII. über die Natur der heutigen Verträge aus. Er unterscheidet auch im heutigen Recht noch materielle und (negativ-) formelle Verträge. Jener, wozu die aus dem römischen Recht überkommenen benannten Real- und Consensualcontracte, aber auch alle auf einen Austausch von Leistungen gerichteten (unbenannten) Verträge gehören, ist gemeinsam die völlige Abhängigkeit des obligatorischen Versprechens von seinem Rechtsgrunde, mag dieser nun in einem Gegenversprechen oder in einer reellen Leistung bestehen (§. 40). Diese Verbindung ist auf den Willen der Contrahenten zurückzuführen. Aber dieser Wille muß auch die Fähigkeit haben, „jene Verbindung aufzugeben und das einfache Versprechen isolirt zu einem vollendeten Vertrage zu erheben;" von Formen entfesselt muß er eben so viel vermögen, als er nach R. R. an Formen gebunden unzweifelhaft vermochte. Eine Stipulation, etwa von zwei Rechtsgelehrten mit Ernst und Kenntniß ihrer Bedeutung im Sinne des R. R. eingegangen, wäre unbedenklich als wirksam anzuerkennen. Es fragt sich nur, ob es demselben abstracten Verpflichtungswillen heutzutage, da die Form der Stipulation nicht mehr im Gebrauch ist, an jeder andern Form gebricht, um zur rechtlichen Existenz zu gelangen? Wo das Versprechen seinen Rechtsgrund aus Verhältnissen zu einem Dritten entnimmt, dem formlosen einfachen Versprechen die Wirkung der Stipulation beizulegen, trägt niemand Bedenken. Ueber die Bedeutung einer Novation aber, welche ohne Eintreten einer andern Person auch das Object der Obligatio unverändert läßt, findet man meist sehr

Digitized by Google

unklare Anſichten, und die (vom Bf. ſogenannte) acceſſoriſche Stipulation ſcheint als praktiſcher Begriff ganz entſchwunden zu ſeyn; und unzweifelhaftem Bedürfniß können doch die Mittel zu deſſen Befriedigung nicht fehlen. Der Verfaſſer bezeichnet als Verträge, welche gleich der Stipulation das Bedürfniß proceſſuallſcher Sicherung befriedigen, abgeſehen vom Wechſelvertrag, das ſog. Abrechnungsgeſchäft und die Rechnungſtellung, die Ausſtellung eines Schuldſcheins oder einer Quittung, und die einfache auf Feſtſtellung des Beſtandes oder Nichtbeſtandes einer Schuld gerichtete Anerkennung; dieſe ſind ihm die (negativ-) formellen Verträge des heutigen Rechts, für welche (cum grano salis) die römiſchen Grundſätze über Stipulation noch jetzt anzuwenden ſind, und welche ſo auch im heutigen Recht noch einen Gegenſatz zu materiellen Verträgen bilden (§. 41). Der oft gehörte Satz: jeder klagbare Vertrag müſſe eine causa haben (vgl. Code Nap. art. 1108—1132), iſt verwirrend: er verſteht ſich von ſelbſt, wenn man unter causa die ſubjective causa verſteht; iſt unrichtig ausgedrückt, wenn man damit ſagen will, daß im Gebiet der materiellen Verträge das einfache Verſprechen nur in Verbindung mit ſeinem Rechtsgrunde Geltung habe, und nur ſehr relativ wahr, wenn er ſagen ſoll, die formellen Verträge ſeyen in ihrer Gültigkeit vor dem objectiven Beſtande ihrer causa abhängig; wahr nämlich nur in ſoweit, als auch nach R. R. der Beſtand der causa für die Wirkſamkeit der Stipulation von Bedeutung iſt. Der Aufſtellung des Summenverſprechens als eines eigenen Rechtsinſtituts, bei welchem das Erforderniß einer materiellen causa wegfalle (Thöl's Handelsrecht II. §. 149), liegt eine richtige Erkenntniß des formellen Vertrags, der ein abſtractes Forderungsrecht überträgt, zum Grunde; nur iſt dieſe Lehre bei dem genannten Gelehrten nicht zum vollen Durchbruch gekommen (§. 42). Nach dieſer Vorbereitung beleuchtet nun Cap. VII. §. 43—45 zunächſt den Anerkennungsvertrag, im allgemeinen davon ausgehend, daß den vorhingenannten Verträgen in der Regel eben eine ächte Anerkennung zum Grunde liege, wie ſie in der Zahlung und dem Compenſationsvertrag ſich bethätigt, wie ſie auch in der Abſchließung eines materiellen Vertrags wohl ſich bethätigen kann (nach L. 5 §. 1 D. de act. emti., L. 31 §. 17 D. aedil. ed.). Jene kann man vorzugsweiſe als Anerkennungsverträge bezeichnen, „da ſie

Digitized by Google

aus der Anerkennung eines außer ihnen liegenden Rechtsverhältnisses ausschließlich ihr materielles Element entnehmen und deßhalb auch schon in ihrer äußern Erscheinung auf solche hinweisen" (S. 163). Die Anerkennungsverträge nun gehören fast durchgängig dem Gebiete der Obligationen an, scheiden sich aber hier in eigentlich obligatorische und liberatorische, je nachdem sie auf Anerkennung des Bestandes oder des Nichtbestandes eines Schuldverhältnisses gerichtet sind. Für jene kann die Stipulationslehre fast durchaus zum Anhaltpunkte dienen; was die letzten betrifft, so können sie ohne Zweifel auch auf schon vollständig (ipso jure im Sinne des R. R.) eingetretene Tilgung sich beziehen und begründen dann eine neue Einrede (im heutigen Sinn), „die dem materiellen Verhältniß, aus welchem der Nichtbestand der Forderung abgeleitet wird, accessorisch hinzutritt;" ob sie aber die Wirkung der Acceptilatio oder die beschränktere des pactum de non petendo haben, kommt auf den Willen der Contrahenten an (§. 43).

Der Anerkennungsvertrag kann schon in der bloßen (ausdrücklich oder stillschweigend acceptirten) Erklärung der Anerkennung liegen, „wenn diese in einer Weise geschieht, daß dadurch die auf Feststellung des Rechtsverhältnisses gerichtete Willenseinigung sich ergibt." Dazu ist erforderlich, daß sie mit dem Willen, sich zu verpflichten, verbunden sey, und zwar mit einem solchen Willen, welcher aus dem ursprünglichen Bestand oder Nichtbestand der Verbindlichkeit nicht mehr die Bedingung seiner Gültigkeit, sondern nur seine Voraussetzung (causa) entnimmt. Die Anerkennung der Schuld muß sich in ein Zahlungsversprechen übersetzen lassen, in dem Sinne: „ich verspreche zu zahlen, weil — nicht wenn ich schuldig bin (oder ein Dritter schuldet)." Daher ist z. B. in der Bitte um Zahlungsfrist, in der Zinszahlung, in der Zahlung oder Bitte um Nachlaß eines Theils der Schuld, vollends in der Behauptung, schon gezahlt zu haben, noch kein Anerkennungsververtrag zu finden (§. 44).

Verwandt dem Anerkennungsvertrag sind das rechtskräftige Urtheil, der Eid und das Compromiß, dann der Vergleich und am meisten das gerichtliche Geständniß, das man selbst als eine Art Anerkennungsvertrag bezeichnen könnte. Das außergerichtliche Geständniß, insofern es reines Beweismittel ist, hat diese Natur freilich nicht. Dieß hat aber öfters dahin geführt, den Anerken-

Digitized by Google

nungsvertrag, den man auch bloß als außergerichtliches Geständniß ansah, unrichtig zu beurtheilen. Noch mehr hat die Lehre vom Constitutum Irrungen verursacht. Vom verderblichsten Einfluß ist es gewesen, daß man, das constitutum debiti proprii noch als ein praktisches Rechtsinstitut ansehend, ein solches in dem auf Grund einer bestehenden Verbindlichkeit geleisteten Zahlungsversprechen zu finden glaubte, und demgemäß das erneuerte Zahlungsversprechen wie das römische Constitutum von der Existenz der ursprünglichen Verbindlichkeit absolut abhängig hielt, wodurch es schlechthin werthlos wurde. Das heutige Zahlungsversprechen ist zwar äußerlich dem Constitutum ganz ähnlich, innerlich aber sehr verschieden davon, da es, zur Sicherung des Gläubigers gegeben, in der Regel mit verpflichtendem Willen der Anerkennung verbunden ist, ohne welchen es keinen praktischen Werth hätte. „Man sollte deßhalb lieber die so leicht zu Mißverständnissen führende Lehre vom Constitut in der Praxis ganz bei Seite lassen. — Die Bedeutung, welche dasselbe für das R. R. hatte, ist in der heutigen allgemeinen Klagbarkeit der Verträge aufgegangen" (§. 45).

In Vergleichung mit dem Bisherigen bespricht nun der Vf. in Cap. IX. (§. 46, 47) noch die Anerkennung als Grund der Ausschließung einer Exception. Hier liegt eine unvollkommenere Bethätigung der Anerkennung vor, die sich formell als Verzicht auffassen läßt, materiell mehr oder weniger motivirt durch den Gedanken, daß der Anerkennung gegenüber die Exception von Anfang an unglaubwürdig erscheine oder wenig ens nachträglich ihre Berechtigung verloren habe, in manchen Fällen ähnlich der Genehmigung. So wird die exceptio doli oder metus schon durch eine Zins- oder Abschlagszahlung verloren, obwohl diese an sich sonst keine Verpflichtung zur Zahlung der Haupt- oder Rest-Schuld begründet. So wird eben dadurch auch die exceptio non numeratae pecuniae beseitigt, und kann der Anspruch auf Restitution durch irgend welche Anerkennung leicht wegfallen. In der Annahme einer zur Erfüllung eines Vertrags bestimmten Leistung bethätigt sich die Anerkennung, daß diese Leistung ihrer Beschaffenheit nach dem Vertrag entspreche; daher die Regel der Praxis, daß bei der sogenannten exceptio non rite adimpleti contractus der Verklagte die Mangelhaftigkeit der Leistung zu beweisen habe,

Digitized by Google

wobei zugleich ein Irrthum des Empfängers vorauszusetzen sey; auf einen bei der Annahme sofort offenbaren Fehler gestützt, würde die exceptio nicht zu berücksichtigen seyn; wohingegen in der Annahme einer quantitativ unvollständigen Leistung noch nicht eine Anerkennung vollständiger Vertragserfüllung zu finden, daher bei der einfachen exceptio non adimpleti contractus dem Beklagten der Beweis nicht aufzubürden sey. Auch die Einrede der Verjährung kann durch unvollkommene Anerkennungsacte ausgeschlossen werden, und Vf. ist nicht abgeneigt, dieß auch für die Zeit nach vollendeter Verjährung anzunehmen. Außerdem kann auch die Anerkennung in Beziehung auf die Legitimation eines Bevollmächtigten und eines Cessionars sich in ähnlicher Weise wirksam zeigen.

Aber die Anerkennung beschränkt sich nicht bloß auf das Gebiet der Obligationen; sie zeigt sich auch in andern Rechtsgebieten vielfach wirksam, bald positive Rechte begründend bald die Anfechtung bestehender Rechte ausschließend. Zur größern Veranschaulichung und nähern Bestimmung des obligatorischen Anerkennungsvertrags geht der Vf. in Cap. X. §. 48 — 54 diese Fälle durch, und wendet sich dann in Cap. XI. zu der genaueren Beleuchtung der einzelnen Formen des Anerkennungsvertrags, und zwar zunächst §. 55, 56 der Abrechnung.

Die sog. Abrechnung ist in der Praxis schon seit geraumer Zeit, auch ohne Angabe der ihr zu Grunde liegenden Verhältnisse, als klagbegründendes Rechtsgeschäft anerkannt; aber man ist nicht ohne Schwierigkeit dazu gelangt und hat auch noch nicht den durchschlagenden theoretischen Ausdruck dafür gefunden; vielmehr ist die Abrechnungslehre noch immer durch verwirrende Einmischung der Lehre von der Novation und dem Constitutum, unter Verkennung der Bedeutung der accessorischen Stipulation, gefährdet, wie in §. 41 unter Bezugnahme auf die verdienstliche Erörterung in Pfeiffer's prakt. Ausführungen VIII. 2 näher nachgewiesen wird. Die Abrechnung besteht gewöhnlich in zwei Momenten: einem liberatorischen, indem sich die Abrechnenden einigen, daß die fraglichen Forderungen als durch Compensation oder auch als durch geleistete Zahlungen getilgt gelten sollen; sodann einen obligatorischen, indem die Differenz der beiderseitigen Schuldb·träge oder ein bestimmter Ueberschuß als Schuld (Restschuld oder Schuldrest) des einen zu Gunsten des andern festgestellt wird. Kraft der letz-

Digitized by Google

ten (obligatorischen) Function gilt die Abrechnung nach der Praxis als selbstständiger Klaggrund. Wenn nach römischem Recht die Abrechnung ohne Stipulation die letzte Wirkung nicht haben konnte, so muß diese doch nach heutigem Recht dem in jener zu Tage tretenden formlosen Vertrage unzweifelhaft beigelegt werden, gleich einer römischen stipulatio debiti. Das Grundelement der Abrechnung bildet die Anerkennung der beiderseitigen Forderungs-, beziehungsweise Zahlungs-Posten, welche, wenn animo obligandi erfolgt, abgesehen von einem error calculi, wegen Nichtbestands der in ihr begriffenen Posten nur nach den Grundsätzen der condictio indebiti auf Grund eines entschuldbaren Irrthums oder Betrugs anzufechten steht. Die beiderseitigen Anerkennungen gegentheiliger Posten wirken jede für sich unabhängig von einander, und gibt somit die Anfechtung von einer Seite dem andern Theile kein Recht, auch seine Anerkennung der gegentheiligen Posten zurückzunehmen, wenn nicht das Verhältniß gerade in der Weise, vergleichsartig, festgestellt worden ist, daß die beiderseitigen Anerkennungen als eigentlich gegenseitige Zugeständnisse, also einander bedingend, anzusehen sind. Nur kann freilich der eine nicht des andern Proposition einer Abrechnung die Anerkennung seiner Forderungsposten durch Acceptation bindend machen, indem er die Anerkennung der jenseitigen ablehnt. Eine Novation ist bei der Abrechnung im Zweifel nicht anzunehmen; ihre theoretische Grundlage findet sie in der accessorischen Stipulation, und daraus erklären sich alle Wirkungen, welche ihr die Praxis beilegt. Forderungen, welche nicht in der Abrechnung begriffen waren, können ungeachtet dieser noch geltend gemacht werden. Sie kann jedoch auch die Anerkennung, daß andere Schuldverhältnisse irgend einer oder einer bestimmten Art unter den Abrechnenden nicht bestehen, in sich schließen, ausdrücklich oder auch stillschweigend, und so eine ähnliche Function üben, wie die römische stipulatio Aquiliana mit der ihr verbundenen Acceptilatio. Dann können auch solche anderweitige Forderungen nicht anders mehr als nach den Grundsätzen der condictio indebiti geltend gemacht werden, und ist ein entschuldbarer Irrthum keineswegs schon darum für erwiesen zu halten, weil nachgewiesen ist, daß eine Forderung nicht mit verrechnet sey. Eine müßige Frage ist es übrigens, ob eine Abrechnung auch dann vorhanden sey, wenn nur auf einer Seite Schuldposten bestanden:

Digitized by Google

für die verpflichtende Kraft des ein Rechnungsergebniß feststellenden Vertrags muß es wohl einerlei seyn, „ob bei demselben bloß addirt oder auch subtrahirt worden ist“ (S. 225).

Nur eine Art der Abrechnung ist übrigens die kaufmännische Saldoziehung. Erkennt der Geschäftsfreund den ihm zugestellten Contocorrent als richtig an, so ist dadurch das Abrechnungsgeschäft vollendet. Und zwar ist im Sinne des kaufmännischen Verkehrs anzunehmen, daß durch den Saldo-Abschluß die beiderseitige Rechnung sowohl in ihrem negativen als ihrem positiven Bestande festgestellt werde, ungeachtet selbst der üblichen Clausel: „Irrthum vorbehalten,“ welche, wenn auch nicht bloß von einem Rechnungsirrthum, doch nur von einem entschuldbaren und deßhalb glaubhaften Irrthum zu verstehen ist.

Der Abrechnung nahe verwandt, jedoch in gewisser Beziehung von eigenthümlicher Natur ist die Rechnungsstellung (§. 57). Die Verpflichtung dazu ist schon im R. R. vielfach anerkannt, tritt aber im heutigen Proceß mehr hervor, gleichsam als eine selbstständige Verbindlichkeit. In der Regel muß der Kläger die seinen Anspruch begründenden Thatsachen genau beibringen. In gewissen Verhältnissen aber erfordert es die bona fides, daß der Verpflichtete selbst die seine Verpflichtung begründenden Thatsachen angebe, z. B. bei Geschäftsführung, Erbschaftsstreitigkeiten u. dgl. Die Auskunftsertheilung darüber, was der Gegner z. B. als Geschäftsführer für mich eingenommen und ausgegeben habe, ist es, was man unter Rechnungsablage (rationes reddere) versteht. Das Recht des Geschäftsherrn auf solche Rechnungstellung bezieht sich nur auf die Angabe der den Gegner verpflichtenden Thatsachen, d. i. auf Verzeichnung der Einnahmeposten; denn die Ausgabeposten bilden nur Gegenforderungen des Geschäftsführers, deren processualische Begründung ohnehin diesem, in seinem Interesse, obliegt. Processualisch verkehrt ist es, eine Klage des Geschäftsherrn auf Erstattung der etwa von ihm selbst verzeichneten Einnahmen zurückzuweisen, weil er auf die Einnahme nur nach Abzug der Ausgaben ein Recht habe, also zunächst auf Rechnungstellung klagen müsse. Diese Klage, „lediglich zu dem Zweck, daß der Geschäftsführer seine Ausgabeposten geltend mache, ist eine Klage darauf, daß der Verklagte excipire; eine solche Klage zulassen oder gar begehren, heißt den Proceß verdoppeln.“

Digitized by Google

Die Einzeichnung eines Einnahmepostens nun kann freilich, solange der Rechnungsführer die Rechnung in Händen behält, eine Obligation nicht begründen. „Legt dieser aber dem Geschäftsherrn Rechnung ab, so verpflichtet er sich formell auf die berechneten Einnahmeposten; die Rechnungstellung als solche begründet einen Anerkennungsvertrag. Stellt der Rechnungsführer zugleich seine Ausgaben gegenüber, so liegt hierin die Proposition eines weitern vom Geschäftsherrn einzugehenden Anerkennungsvertrags, und wenn dieser dieselben anerkennt, so gestaltet sich der hierauf gegründete Rechnungsabschluß zu einem Abrechnungsgeschäft (S. 229)." Aber der letzte kann auch Einnahme und Ausgabe trennen, jene annehmen, diese ablehnen, und lediglich auf jene Kraft der in der Rechnungstellung liegenden Anerkennung seine Klage gründen, erwartend, „wie der Beklagte die Ausgabeposten einredeweise geltend mache." Nur eine scheinbare Ausnahme hiervon ist es, wenn nicht wirklich eingegangene Posten in Einnahme und gleichzeitig (unter dem Titel der Liquidation) in Ausgabe gesetzt werden, wo sich der Geschäftsherr die zwar in Rechnung gestellte aber eigentlich doch verneinte Einnahme freilich nicht aneignen kann, „ohne die Liquidation abzusetzen," es sey denn, daß der Rechnungsteller für jene unbedingt zu haften hätte. Uebrigens liegt in dem Rechnungsabschluß im Zweifel nur eine Feststellung der fraglichen Schuldverhältnisse in ihrem positiven Bestande, ohne die Geltendmachung weiterer Ansprüche des Geschäftsherrn zu behindern. Indem der Vf. schließlich noch die Anwendung obiger Grundsätze auf fiscalische und vormundschaftliche Rechnungstellung berührt, bei welcher letzten die obervormundschaftliche Rechnungsabnahme den Vormund auch dem Mündel verpflichte, findet er einen Beleg dafür in Justinian's Vorschrift über die Wirksamkeit des vormundschaftlichen Inventars, L. 13 Cod. arbitr. tut. 5, 51, deren Schlußsatz so deutlich auf L. 25 D. de probat. hinweise, daß darin eine Uebertragung der Grundsätze von der condictio indebiti auf die Anfechtung öffentlicher Inventare nicht zu verkennen sey, und welche im Ganzen zugleich ergebe, daß die Unterscheidung zwischen ächter und unächter Anerkennung auch damals nicht völlig erloschen war.

Eine dritte Hauptform des Anerkennungsvertrags ist der Schuldschein und in liberatorischer Richtung die Quittung (§. 58—66). Die herrschende Ansicht sieht darin nur Beweismittel, verkennt den

Digitized by Google

darin liegenden Willensact, der darauf gerichtet ist, das in ihnen bezeugte Verhältniß gegen sich geltend zu lassen, und durch Hingabe und Annahme der Urkunde zum Vertrag sich vollendet. Man würde an dieser Vertragsnatur wohl nicht zweifeln, wenn der geneigte Wille stets ausdrücklich zu Tage träte, etwa in folgender Weise:

(a) „Ich der unterzeichnete N. bekenne hierdurch, von X. im verflossenen Jahre für 100 Rthlr. Weizen gekauft und empfangen zu haben, (b) und demnach ihm den Betrag von 100 Rthlr. zu schulden. (c) Ich verspreche, diese 100 Rthlr. baldigst zu zahlen. (d) Ich der mitunterzeichnete X nehme dieß Versprechen an." (Beide Unterschriften). Aber man lasse den Zusatz (d) und die Unterschrift des X weg; die Sache bleibt doch dieselbe; die Acceptation liegt schon in der Annahme der Urkunde, wenn sie nicht vorher mündlich erklärt ist; ja, wenn der X dazu die Proposition machte, so ist die Aushändigung der Urkunde Acceptation von Seiten des N. Weiter: auch der Satz c ist nicht wesentlich; es versteht sich von selbst, daß, wer schuldig zu seyn bekennt, damit zugleich den Willen ausdrückt zu zahlen. Wie die Erklärung: „profiteor te non teneri" ein Exception-begründendes Pactum, so ergibt nach heutigem Recht die Erklärung: „profiteor non teneri" einen Klage-begründenden Vertrag. Aber auch den Satz b kann man wegstreichen; denn es versteht sich wiederum von selbst, daß wer a bezeugt, stillschweigend b als Consequenz will, man müßte denn glauben, daß er jenes bezeugen würde, wenn er annähme, die Schuld aus dem Kaufe bestehe nicht mehr. Also: der Schuldschein, der sich bloß auf den Satz a beschränkt, mit der Unterschrift des N, dem X übergeben, repräsentirt immer noch einen Vertrag. Gleiche Bewandtniß hat es bei der Quittung bezüglich des Willens der Freigebung von der Schuld. Sage man auch: der Aussteller wolle doch nur ein Beweismittel gegen sich schaffen: „Ein Beweismittel für die Schuld wollen, heißt die Schuld wollen, und die Schuld wollen, heißt die Schuld versprechen." Tagtäglich werden Schuldscheine und Quittungen ausgestellt, welche das factische Verhältniß ganz anders bezeichnen als es wirklich ist: Quittungen z. B. mit „dankend erhalten" für den ganzen Betrag einer Rechnung, ungeachtet eines Abzugs, Darlehensscheine über baaren Empfang, wo die Zuwendung des Geldes in andrer Weise stattgefunden. Si-

Digitized by Google

cherlich nicht, um ein unwahres Beweismittel zu ſchaffen! ſondern, um die Einigung über Nichtbeſtand oder Beſtand der Schuld auszudrücken. Jene Auffaſſung entſpricht alſo dem allgemeinen Rechtsbewußtſeyn, wie noch deutlicher in gerichtlichen Schuldverſchreibungen (die ſelbſt Obligationen genannt werden) und Quittungen zu Tage tritt. „Nicht ſelten werden dieſelben hingegeben unter dem Vorbehalte dieſer oder jener noch zurückſtehenden Gegenleiſtung. Für eine ältere Obligation wird eine neue errichtet und die ältere dagegen quittirt. Kurz, wir begegnen einem Verkehr, welcher völlig dem Austauſch abſtract zugewendeter Vermögensobjecte entſpricht.“ (S. 235 fg.). — „Jene Urkunden entſprechen hiernach den römiſchen Formularverträgen; ja, man kann ſie recht eigentlich als die moderne Stipulation und Acceptilation bezeichnen“ (S. 236). Neben der verpflichtenden haben ſie freilich noch eine beweiſende Kraft. Wenn auch nach R. R. der Schuldſchein, wie es nach claſſiſchem Recht wirklich noch der Fall war, auf die letzte beſchränkt war: nach heutigem Recht müßte doch die erſte ſtärkere Bedeutung behauptet werden „als nothwendige Folge der Klagbarkeit formloſer Verträge.“ Der Quittung aber, wo ſie ex causa praecedente geſchah (im andern Fall war es bedeutungslos), wurde ſchon nach claſſiſchem Recht die Bedeutung eines pactum de non petendo beigelegt, wie aus L. 35, 40 pr. D. de pact. L. 14, 21 Cod. de solut. hervorgeht, ſowie aus der Analogie des legatum liberationis, welches in der teſtamentariſchen Erklärung, daß die Schuld bezahlt ſey, gefunden wird. Die Argumentation in L. 1 Cod. de falsa causa, „daß nach einer ſolchen Erklärung entweder die Schuld wirklich bezahlt ſey oder doch der Teſtator dieſelbe als bezahlt gelten laſſen wolle, paßt auf das vollkommenſte auch für die Quittung“ (S. 238).

Zur Beſtätigung der ſo entwickelten Natur jener Urkunden führt der Vf. (§. 60) noch als damit zuſammenhängend an: die anerkannte Abhängigkeit der Beweiskraft von der Unterſchrift und von der Uebergabe derſelben, ferner von der Dispoſitionsfähigkeit des Ausſtellers; ſodann den Satz, daß der Producent den Inhalt derſelben auch gegen ſich müſſe gelten laſſen, und vorzüglich deren Beweiskraft gegen Dritte, auch die Vorſchrift der Auth. si qua mulier, welche als Beweisregel gedacht völlig unmotivirt erſcheinen

Digitized by Google

würde, und endlich den Executivproceß, welcher eben auf dem Gedanken einer verpflichtenden Kraft der Urkunde beruhe (vgl. §. 64).

Aus dem Bisherigen folgt, daß der Schuldschein einen selbständigen Klaggrund, die Quittung eine selbständige Einrede abgibt, processualisch verschieden von der Klage und Einrede aus dem materiellen Verhältniß, aber mit diesen in Concurrenz tretend und, wie die das letzte begründenden juristischen Thatsachen, in das erste Verfahren gehörig. Aber das materielle Verhältniß kann einen Einfluß üben auf die Wirksamkeit jener, vornehmlich fürderen Anfechtung.

Der Schuldschein kann zunächst angefochten werden, als über eine reprobirte Verbindlichkeit ausgestellt, in gleichem Umfang, wie nach R. R. die Stipulation der Anfechtung aus diesem Grunde unterlag. Die wichtigste Anfechtung ist aber die wegen objectiven Mangels der causa. Dazu ist regelmäßig erforderlich, daß die irrthümliche Unterstellung der Schuld nach den Grundsätzen der condictio indebiti dargethan werde, wovon jedoch die exceptio compensationis und die sog. exceptio non adimpleti contractus eine freilich mehr scheinbare als wirkliche Ausnahme machen. Für die Anfechtung der Quittung gilt wesentlich dasselbe; liegt der Quittung die Anerkennung einer reprobirten Gegenforderung zu Grunde, so wirkt sie sogar stärker, insofern nämlich die Anfechtung hier nur wirksam seyn kann, wenn die Forderung dergestalt reprobirt ist daß auch Gezahltes zurückgefordert werden kann. Durch die Quittung hypothekarischer Forderungen insbesondere erlischt auch das Pfandrecht. Kann sie wegen Mangels der causa angefochten werden, so kann der Aussteller ohne Zweifel auch Wiederherstellung des Pfandrechts verlangen, jedoch nicht dritten Personen gegenüber, die inzwischen dingliche Rechte an dem Pfande erworben haben, es wäre denn doli exceptio gegen sie begründet (§. 61).

Eine Suspension der verpflichtenden Kraft tritt bei solchen Schuldscheinen und Quittungen ein, welche einfach auf eine geschehene Realleistung, z. B. eine Geldzahlung, Bezug nehmen, als welchen die mit keiner Beweislast verbundene, daher von selbst zu berücksichtigende exceptio non numeratae pecuniae entgegensteht; jene kommen zunächst nur als Beweismittel über das materielle Verhältniß in Betracht. Aber ihre verpflichtende Kraft ruht nur bis nach Ablauf der bekannten Fristen, wenn nicht die Exception durch Protestation perpetuirt ist; sie lebt noch früher auf durch

Digitized by Google

eine solche Anerkennung der Schuld, welche mit der Annahme noch zurückstehender materieller Begründung unvereinbar ist. „Von da an tritt die Urkunde ganz in die Reihe der übrigen Schuldurkunden ein, d. h. sie bildet einen nur wegen irrthümlicher Voraussetzung einer causa praecedens anfechtbaren Verpflichtungsact.“ Die gemeine Lehre, nach welcher in der ersten Periode die Urkunde noch gar nichts beweist, in der zweiten einfacher Gegenbeweis dagegen gestattet ist, ergibt heillose Resultate, und steht mit den Gewohnheiten und dem Rechtsbewußtseyn des praktischen Lebens im grellsten Widerspruch, wie der Vf. §. 62 sowohl bezüglich der Quittungen als der Schuldscheine näher auszuführen sucht.

Auch wenn die Schuldurkunde die ihr zu Grunde liegende causa nicht angibt, erkennt sie der Vf. §. 63 als abstracten Verpflichtungsact an, „welcher so lange bindet, als nicht einredeweise der Mangel der causa dargelegt wird.“ Das ergibt sich „schon als Consequenz aus der Lehre, daß eine Urkunde mit ausgedrückter causa praecedens nur durch Darlegung des Irrthums anzufechten steht; denn sonst müßte ja stets einfacher Gegenbeweis zu deren Beseitigung genügen, da sie schon durch diesen auf den Standpunkt der cautio indiscreta versetzt wird“ (S. 251 fg.). Die gemeine Lehre freilich spricht (nach L. 25 §. 4 D. de probat.) dem indiscreten Schuldschein die Beweiskraft ab; sie übersieht aber, daß dieser heutzutage „mehr als ein bloßes Zahlungsversprechen ist, daß er auf eine vorausgegangene oder wenigstens gleichzeitig erledigte causa hinweist, mag diese bestanden haben, worin sie wolle.“ Die Erklärung schuldig zu seyn, trägt die Bescheinigung der erledigten causa in sich. Dem Anfechtenden liegt es ob, die causa, an welche dabei gedacht ist, darzulegen, und sodann deren irrthümliche Unterstellung zu erweisen, oder wenigstens, soweit die exceptio n. n. p. zulässig, wider deren objectiven Bestand Gegenbeweis zu führen. Alle Versuche rationeller Begründung der gemeinen Lehre sind dagegen unhaltbar (S. 252—258).

Nachdem der Vf. so seine Theorie über Schuldschein und Quittung dargelegt, fügt er noch eine Dogmengeschichte bei, in §. 64 bezüglich des Schuldscheins, in §. 65 bezüglich der cautio indiscreta. Dort deutet er, unter Verweisung auf Briegleb's bekannte Geschichte des Executivprocesses, kurz an, wie man im Mittelalter für die Schuldurkunde eine stärkere Bedeutung, als

Digitized by Google

die eines bloßen Beweismittels, dadurch zu gewinnen wußte, daß man sie in die Form eines vor dem Richter abgelegten Geständnisses einkleidete und mit der executorischen Clausel versah, wie man dann später die gleiche Exequirbarkeit auf alle öffentlichen und zuletzt auch auf Privaturkunden ausdehnte, woraus sich der heutige Executivproceß bildete, der ursprünglich damit verknüpfte Gedanke aber, daß die Urkunde formelle Wahrheit bilde, dem heutigen Recht fremd geworden und die „unberechtigte" Idee eines „schleunigen Beweismittels" an die Stelle getreten sey. In §. 65 aber legt er uns, mit reichhaltigen Litteratur-Nachweisen, dar, wie man seit den Glossatoren gerungen, eine brauchbare Theorie über die sogenannte cautio indiscreta zu gewinnen, wie sich schon frühzeitig Anklänge der richtigen Lehre vernehmen lassen, und wie man unrichtige Grundsätze durch mannichfaltige Ausnahmen mit dem Leben zu versöhnen suchte. „Die neuere Zeit, so heißt es S. 266, hatte wohl die Kraft, die Schwäche jener Ausnahme im Verhältniß zur Regel zu erkennen, nicht aber auch den Muth, die Regel selbst anzugreifen." In der Praxis aber leben jene Ausnahmen mehr oder weniger fort, und von Cropp's Abhandlung von der cautio indiscreta möchte man fast glauben, sie sey nur geschrieben um schließlich zu zeigen wie die dargestellte Lehre nicht angewendet werde. Auch in der Abrechnungslehre ist dieser ein Todfeind entstanden. Vor allem aber ist beachtenswerth, daß der Handelstand von jeher auch für andere Schuldurkunden als Wechsel die Lehre von der cautio indiscreta (so wie auch die von der exc. n. n. p.) von sich abgewiesen. „Darin aber charakterisirt sich recht eigentlich das Recht, wie es im Volke lebt. Denn nichts ist irriger als den Handelstand gleichsam für ein Volk im Volke zu halten, welches sein ganz besonderes Recht bildete. Vielmehr ist das Handelsrecht in den meisten Beziehungen unser eigentliches, ich möchte sagen, potenzirtes Volksrecht, und die Eigenthümlichkeiten desselben dürften vielfach nur darauf beruhen, daß in der starken Strömung des Handelsverkehrs die künstlichen Bauten keinen Stand halten, mittelst deren es den Juristen an andern Stellen den natürlichen Lauf des nämlichen Rechtstromes abzudämmen gelingt." „Den siegreichen Fortschritt des Handelsrechts auf dem hier fraglichen Gebiete bezeichnet aber — der §. 1 der allgemeinen deutschen Wechselordnung."

So der Verf. S. 267., der alsdann nach §. 66 an einigen inter-

Digitized by Google

essanten Rechtsfällen aus der Churhessischen Praxis die von ihm dargestellte Lehre zu veranschaulichen sucht.

Es bleiben noch zu betrachten übrig die einfache Anerkennung (§. 67) und der Wechsel (§. 68). Die erste liegt vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Bestand, oder dieser jenem gegenüber den Nichtbestand der Schuld schriftlich oder mündlich schlechthin anerkennen zu wollen erklärt. Man findet darin häufig nur ein außergerichtliches Geständniß, das ein Beweismittel abgebe, und faßt die Absicht, sich zu verpflichten, nur als Ernstlichkeit des Geständnisses auf. Aber man denke sich: in einem Strafverfahren bilde es ein Indicium, daß der Angeklagte zu gewisser Zeit sich Geld verschafft habe; ein Zeuge sagt aus, ihm ein Darlehen gegeben zu haben, und der Angeklagte gesteht das in der Confrontation mit diesem reuig ein. Das wäre ein Geständniß, und zwar ein ernstliches, aber offenbar von ganz anderm Charakter, als ein dem Gläubiger zugestelltes schriftliches Anerkenntniß der Schuld; hier ein Anerkennungsvertrag, dort nicht, weil es an der Absicht fehlt, sich dem Gläubiger zu verpflichten. Der Wechsel aber reiht sich in die dargestellte Lehre leicht ein, indem darin, wie in der römischen Stipulation und dem modernen Schuldschein, ein einfaches Versprechen zum selbständigen Vertrag erhoben ist, unter Abstraction von dessen Rechtsgrunde, der in das Verhältniß der causa zurücktritt. Nur erleidet die Art und Weise der Anfechtung wegen Mangels der causa eine Modification durch die dem Wechsel eigenthümliche Indossationsfähigkeit, abgesehen von dem processualischen Moment der Wechselstrenge. Vermöge jener ist das Wechselversprechen zu vergleichen einem Stipulationsversprechen, welches auf Anweisung des A der Promittent B einem dritten X leistet, wenn man sich unter X „die mystische Person des jezeitigen legitimirten Wechselinhabers“ vorstellt. So wie nun hier der Mangel der causa stipulationis nicht dem X, sondern nur dem A gegenüber geltend gemacht werden kann, „so begründet auch die mangelnde causa der Wechselobligation nur eine Condiction auf Ersatz . . . . . wider denjenigen, im Verhältniß zu welchem dieselbe eingegangen wurde“, und nur zufällig, wenn eben dieser die Wechselklage erhebt, kann daraus eine Einrede gegen die letzte hervorgehen, die dann aber die Natur einer Compensationseinrede hat. Für die Begründung dieser Einrede

Digitized by Google

wie jener Condiction müssen aber ganz die oben dargestellten Grundsätze gelten. Ist insbesondere der Wechsel zum gleichzeitigen Austausch mit einer Geldsumme bestimmt gewesen, und enthält er nicht die Bescheinigung des Empfangs der Valuta, (oder nur: „Werth in Rechnung", oder gar „Werth in Erwartung)", so muß ohne Zweifel der Wechselempfänger, um jene Anfechtung abzuwehren, die Zahlung der Valuta beweisen, indem die Wechselbegebung wie die Stipulation an sich bloß Verpflichtungsact, nicht Beweis der causa ist. „In dem zur Aufnahme eines Darlehens bestimmten eigenen Wechsel ohne Bescheinigung des Valutaempfanges hätten wir hiernach (abgesehen von dessen Indossirbarkeit) das getreue Ebenbild der römischen cautio, quae indisérete loquitur, und in dem Einwand, daß das Geld nicht gezahlt sey, die reine exceptio n. n. pec., welche die Beweislast dem Gegner zuwendet, wieder gefunden" (S. 277). Welche causa aber der Wechselobligation zu Grund liege, und daß dieses Causalverhältniß gerade dem zeitigen Wechselinhaber gegenüber bestehe, das zu beweisen liegt dem anfechtenden Wechselschuldner ob. Uebrigens bemerkt der Verf. noch 1) daß beim Wechsel nicht eben so, wie (nach §. 24) bei der Stipulation, in gewissen Fällen eine schwächere Wirksamkeit als bei der datio, vermittelst entgegenstehender exceptio, anzunehmen sey; da, wo es sich um ein verzichtbares Recht handelt, wie bei der exceptio non impleti contractus, schon aus dem Grunde nicht, weil in der Ausstellung des Wechsels der Verzicht liege, aber auch da nicht, wo jenes auf prohibitiven Normen beruht, weil es der Consequenz des Wechselinstituts bei der freien Indossirbarkeit entgegen wäre; 2) daß auch da, wo der Mangel der causa bei der Stipulation selbst dritten Personen gegenüber wirkt oder ein Verbot Nichtigkeit bewirkt, doch der Wechsel in der Hand eines Dritten nicht deßhalb unsechtbar sey (vgl. §. 82 der deutschen Wechselordnung: „welcher nur ausspricht, was längst gewohnheitsrechtlich feststand"). Und so schließt der Verf. diesen §. mit dem Satze: „der Wechsel ist (wegen Mangels der causa) nur da anfechtbar, wo in dem Fall, daß statt des Wechsels baares Geld gegeben wäre, der Wechselverklagte dieses Geld von dem Wechselkläger zurückfordern könnte. Insofern hat es etwas wahres, wenn einige Schriftsteller lehren: der Wechsel ist ein kaufmännisches Papiergeld."

Wir kommen zum letzten Capitel der Abhandlung, das die

Digitized by Google

Zwölfzahl voll macht: §. 69 „Klage auf Anerkennung", und §. 70 „Schluß." Gibt die verweigerte Anerkennung eines Rechtsverhältnisses Grund zu einer Klage auf dessen Feststellung? so fragt §. 69. Die gemeinrechtliche Theorie verneint diese Frage, und die Praxis ist ihr im allgemeinen gefolgt, wenige Ausnahmen abgerechnet. Aber im Leben macht sich oft genug ein dringendes, ja unabweisliches Bedürfniß geltend, den Bestand eines Rechtsverhältnisses an und für sich, noch ehe die materiellen Folgen desselben in Anspruch genommen werden, in rechtliche Gewißheit zu setzen; in einigen Ländern hat es auch die Praxis und zum Theil die Gesetzgebung durch Gestattung von Klagen jener Art zugleich anerkannt und befriedigt. Sollte das R. R. keine Befriedigung dafür gekannt haben? In L. 41 D. de iud. stellt Papinian den Satz auf: In omnibus bonae fidei iudiciis, quum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit; und nach L. 38 pr. D. pro socio erklärte es schon Sabinus für eine Obliegenheit des iudex (arbiter) in solchen Processen prospicere cautionibus in futuro damno vel lucro pendente z. B. ex societate. Da haben wir ja die Klage auf Anerkennung; denn die cautio, von welcher L. 41 cit. spricht, ist nichts anders als eine Stipulation, und zwar zunächst nur diese (nuda promissio, ohne daß dabei nothwendig auch an eine sog. Realcaution zu denken ist), wodurch ein bestimmter Rechtsanspruch anerkannt und so für die Zukunft processualisch sicher gestellt wird, wie denn auch sonst noch in vielen Stellen einer solchen richterlichen Cautions-Auflage erwähnt wird. Man erkannte es als enthalten in dem „quidquid N. N. dare facere oportet ex fide bona," daß der Beklagte, wenn er zur Zeit auch noch nicht zu reeller Leistung verurtheilt werden konnte, doch nach Umständen den Kläger durch solche Cautio sicher stellen müsse, und so lag es in dem officium iudicis, ihn (ex iusta causa) dazu anzuhalten, indem er ihm sofortige Verurtheilung drohte, wenn er sich nicht dazu bereit finden ließ. So konnte auch der Prätor ex iusta causa die Formula gewähren, wenn gleich der Kläger von vornherein an den Tag legte, daß er eine materielle Leistung zur Zeit noch nicht begehren könne, und stellte sich dann die Klage, obwohl die Formula eben so lautete wie sonst, ihrem Zwecke nach als eine actio ad interponendam cau-

Digitized by Google

tionem dar. Für uns nun fällt die Beschränkung auf bonae fidei actiones von selbst weg. „An die Stelle der sichernden Stipulation tritt aber bei uns die Anerkennung, welche dann wieder, als Gegenstand einer Klage gedacht, in dem Judicat selbst ein Surrogat findet", d. h. es ist nicht nöthig, daß der Beklagte noch erst das Verlangte verspreche, oder zu solchem Versprechen angehalten oder, was nach heutigem Rechte sonst unbedenklich geschehen könnte, verurtheilt werde, so wenig wie es nöthig ist, den auf Bestellung einer Servitut belangten Eigenthümer zu deren ausausdrücklicher Einräumung anzuhalten, indem die verweigerte Einräumung durch das richterliche Zuerkenntniß ersetzt wird. „Das Princip der L. 41 cit., in unser heutiges Recht übertragen, bedeutet also: „es kann auch vor dem Verfalltage der Leistung auf Anerkennung (Feststellung) des Rechtsverhältnisses ex iusta causa geklagt werden" (S. 283 fg.).

Klagen auf Feststellung des Nichtbestandes einer Obligation kommen im R. R. schon vor als Klagen auf Liberation (durch Acceptilation), wo die Obligatio ohnehin schon ope exceptionis unwirksam war, z. B. nach einem legatum liberationis, und diese erkennt auch die heutige Theorie und Praxis noch an; sie thut aber damit entweder zu viel oder zu wenig: zu viel, denn nach dem Charakter des heutigen Exceptionenrechts ist überall kein Bedürfniß und kein Grund vorhanden, zur Beseitigung einer schon unwirksamen Obligatio eine Klage zuzulassen; oder zu wenig, denn bei uns kommt nur mehr die Unsicherheit in Betracht, welche aus der Zweifelhaftigkeit der Beweisführung und Rechtsanwendung hervorgeht, und zu deren Beseitigung sollte man denn jenes Klagrecht gewähren. Das letzte entspräche dem praktischen Bedürfnisse, jedoch auch hier nur unter Voraussetzung einer iusta causa, deren nähere Bestimmung verständigem Ermessen der Praxis überlassen werden muß.

Uebereinstimmend hiermit stellt das O.A.Gericht zu Dresden den Satz auf: „Es kann auch vor Eintritt der Bedingung oder der Verfallzeit eine Klage auf Anerkenntniß eines Rechtsverhältnisses angestellt werden, vorausgesetzt daß der Beklagte das künftige Recht des Klägers abgeläugnet hat. Jedoch soll hierbei noch ein Ermessen des Richters stattfinden, damit nicht Processe geführt werden „welche wahrscheinlicher Weise vergeblich sind" (S. 285).

So kommt nun der Verf. zum Schluß seiner Abhandlung, (§. 70), am Ende bemerkend:

Digitized by Google

„Ist die dargestellte Lehre richtig: so möchte damit von neuem ein Beleg gegeben seyn, wie das römische Recht auch in manchen bisher weniger beachteten Beziehungen für die heutigen Verhältnisse Bedeutung gewinnen kann; wie dasselbe jener Via Appia gleicht, die in ihren unerschütterlichen Fundamenten noch immer die Grundlage abzugeben im Stande ist, auf welchen das lebende Geschlecht sicher und bequem seine Wege wandeln mag, wenn nur der Schutt der Jahrhunderte hinweggeräumt wird."

Aber noch versucht es der Verf. in einem Anhange einen Schutt von Mißverständniß gründlich wegzuräumen, welcher sich, wie er glaubt, über eine im Vorhergehenden gelegentlich berührte Lehre, über die Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae, hingelagert hat; durch 18 §§. sucht er ihn zu bewältigen.

Wie getheilt die Meinungen über den bezeichneten Rechtsbehelf sind, legt der Verf. nach einem Gutachten des O.A.-Gerichts in Cassel dar. Allgemein aber wird angenommen, daß zufolge der exceptio n. n. p. gewisse Urkunden binnen bestimmter Frist „nichts beweisen." Diese Thesis ist es, die der Verf. zu stürzen versucht. Er stellt sich statt aller andern Gneist als Gegner gegenüber, da dieser (in seiner bekannten Schrift über die formellen Contracte) den Zusammenhang der genannten Einrede mit der Stipulation und deren Anfechtung erkannt und deren Bedeutung ausführlich aus den Quellen zu entwickeln versucht hat. Gneist nimmt zwei verschiedene Rechtsbehelfe unter jenem Namen an: den einen als wahre Exceptio (exc. doli) gegen die Verpflichtungskraft der Stipulation, an keine Zeitdauer gebunden; den andern (querela non numeratae pecuniae) als ein gegen die Beweiskraft gewisser Urkunden gerichtetes Beweisbeneficium, eingeführt durch eine Constitution von Caracalla (etwa 215 nach Chr.), anfangs auf ein Jahr, später auf fünf, zuletzt auf zwei Jahre beschränkt, ursprünglich nur beim Darlehn geltend, erst von Justinian auch auf Quittungen und (wahrscheinlich von ihm) auch auf Empfangscheine über eine Dos (jedoch mit anderer Zeitdauer) ausgedehnt. „Unbestritten, und nach Lage der Quelle unbestreitbar" sey es, daß dadurch der Gläubiger genöthigt werde, die Zahlung anderweit zu beweisen, ohne sich auf das Empfanghekenntniß in der Urkunde berufen zu können. Diese auch von andern schon angefochtene Doppelnatur der exc. n. n. p. wird zunächst (in §. III.) über-

Digitized by Google

zeugend widerlegt, sodann (in §. IV.) ebenso überzeugend nachgewiesen, daß ein solches Beweisbeneficium den Juristen unter und nach Caracalla noch nicht bekannt war. Dasselbe ist aber auch aus innern Gründen höchst unwahrscheinlich; noch ist es keinem gelungen, „einen auch nur annähernd plausibeln Grund aufzufinden zur Erklärung und Rechtfertigung einer Vorschrift, wodurch einem urkundlichen Empfangsbekenntniß die Glaubwürdigkeit entzogen wäre." Die Mannichfaltigkeit der Erklärungsversuche erinnert „an die vielfachen Mittel, welche gegen manche Krankheiten empfohlen werden — das sicherste Zeichen, daß keines hilft" (S. 301). Die Urkunde kann vor dem Empfang des Geldes ausgehändigt seyn, aber auch nicht; ist es nun nicht natürlicher, einstweilen (vorbehaltlich des Gegenbeweises) das als wahr anzunehmen, was der Schuldner selbst gegen sich bezeugt, als gerade das Gegentheil? — Im ersten Fall allerdings kann der unvorsichtige Aussteller wegen mangelnder Gegenbeweismittel in die Lage kommen, Nichtempfangenes zurückzahlen zu müssen; im andern Fall kann der vorsichtigste Gläubiger, wegen Mangels andrer Beweismittel der wirklich geschehenen Zahlung, um sein Geld gebracht werden; seit wann aber „ertheilen die Gesetze Beneficien zu Gunsten des Unvorsichtigen auf Kosten des Vorsichtigen?" — Der Beweis der Negative, non numeratam esse pecuniam, kann schwierig seyn; „wo aber sonst nehmen die Gesetze die eigenthümliche Rücksicht, daß sie, um den einen Theil mit einem schwierigen Gegenbeweise zu verschonen, die Beweismittel des andern vernichten?" — Und vorzugsweise beim Gelddarlehn, welches am meisten der processualischen Sicherung bedarf, soll die Beweiskraft der Empfangsurkunde suspendirt seyn? und das auf fünf Jahre — einen Zeitraum, auf den wohl die wenigsten Darlehn schon bei der Auszahlung mit Bestimmtheit berechnet sind?" und den der Aussteller durch zeitigen Protest verewigen könnte? Der propter aliquas causas auch gesetzlich noch weiter sich erstreckte? Bis dahin war der Gläubiger nicht besser daran, als wenn er ohne Schein ausgeliehen. Sodann nach Ablauf der Zeit soll der Schein nicht etwa nur die bisher suspendirte Beweiskraft erlangen, sondern (nach einer freilich streitigen Meinung) nunmehr unbedingt beweisen, mit Ausschließung des Gegenbeweises. Also ein sehr singuläres Recht, von einem Extrem zum andern, von absoluter Beweislosigkeit zu absoluter Beweiskraft

Digitized by Google

der Urkunde überſpringend. „Und eine ſo ungeſunde Lehre, welche faſt alle neueren Geſetzgebungen als unbrauchbar beſeitigt haben, wird einem Rechte zugetraut, das nicht aus theoretiſcher Grübelei, ſondern unmittelbar aus dem Bedürfniß des Lebens ſeine Nahrung ſog! Sie ſoll erfunden ſeyn zu einer Zeit, deren juriſtiſche Kraft Ulpian und Paulus repräſentirten! Sie ſoll ausgebildet ſeyn in einer Periode, die das römiſche Recht immer mehr zu einem Weltrecht umwandelte!“ (S. 303). Trotz allem dem auch nirgend eine Andeutung, daß die exceptio eine ſinguläre Schöpfung ſey; vielmehr tritt ſie im Codex als ein Inſtitut auf, welches ſich von ſelbſt verſtehe. Nirgendwo eine Andeutung von einer Gefährdung des Schuldners, einer Böswilligkeit des Gläubigers, welcher ſolche ſinguläre Hülfe entgegentreten ſolle; vielmehr ſpricht Juſtinian ſeine Mißbilligung aus gegen Schuldner, welche, die exceptio mißbrauchend, die Gläubiger gefährden; und doch ſollte er zu Gunſten ſolcher die exc. n. n. p. gegen Quittungen und Dotalbeſcheinigungen erſt eingeführt haben! Nach L. 10 Cod. h. t. trifft in Folge der Exception den Gegner die Beweislaſt aus dem Grunde, quia negantis naturali ratione probatio nulla est, welche Worte nach Gneiſt's Aeußerung „auf alles eher als auf eine Singularität deuten.“ Welches Recht aber betrachtet es als naturalis ratio, daß der Ausſteller einer Urkunde durch Ableugnen des darin Bezeugten die Beweislaſt auf den Gegner übertrage? Erklärt es doch L. 13 eod. für „nimis indignum, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere.“ (§. VI.) Aber alles dieſes, ſo wird man ſagen, vermag nichts gegen die poſitiven Ausſprüche der Geſetze. L. 3 und L. 10 Cod. eod. ſagen unzweifelhaft, durch die exceptio werde der Kläger genöthigt die Auszahlung des Geldes zu beweiſen. Nach L. 14 ibid. und andern Stellen iſt die exceptio geſtattet gegen Urkunden, in denen der Empfang des Geldes beſcheinigt iſt. Alſo! —

Aber der Fehler liegt darin, daß man die Exception als Anfechtung eines Beweismittels, nicht eines Verpflichtungsactes betrachtet. Dieſer war urſprünglich die Stipulation, und zwar eine stipulatio credendi causa, auf nachfolgenden oder gleichzeitigen Austauſch mit der Geldzahlung berechnet, „das zum abstractum erhobene Schuldverſprechen nicht aus einer beſtehenden, ſon-

Digitized by Google

dern aus einer entstehenden Schuld," zu deren Anfechtung es hinreichte, die Auszahlung des Geldes zu läugnen. Ergab sie über die Stipulation aufgenommene Urkunde mit Bestimmtheit die Rückbeziehung jener auf eine bestehende Schuld — und das war der Fall, wenn sie auf eine Realleistung als in bestimmter Vergangenheit liegend Bezug nahm — so befreite die Stipulation (vermöge der in ihr liegenden ächten Anerkennung) vom Beweise der Schuld. Bezeichnete die Urkunde die Realleistung, die ihre causa abgeben sollte, deutlich als noch bevorstehend; so war kein Zweifel, daß die Einrede der nicht erfolgten Zahlung den Kläger diese zu erweisen nöthigte. War aber dieselbe Realleistung einfach als geschehen erwähnt, so konnte man nach dem häufig vorkommenden Verfahren die Möglichkeit nicht außer Acht lassen, daß der Schuldschein antikipirt sey, und konnte daher den Aussteller nicht auf Anfechtung der Stipulation wegen irrthümlich unterstellter Schuld beschränken, mußte ihm vielmehr gestatten, den bescheinigten Empfang zu läugnen oder die Urkunde als eine in Erwartung der Geldzahlung ausgestellte, nicht eine ächte Anerkennung enthaltende zu qualificiren, und somit durch die exceptio wie im zweiten Falle dem Stipulator die Beweislast bezüglich der materiellen Begründung der Schuld zuzuwenden. Die natürliche Beweiskraft des in der Urkunde liegenden Empfangsbekenntnisses wurde aber dadurch nicht beseitigt; der Kläger konnte dieses zu seinem Beweise allerdings benutzen, lediglich als Beweismittel, das, wie immer, durch Gegenbeweis aufgewogen werden konnte. (§. VIII.).

Darin lag nun eine nicht geringe Gefährdung des Gläubigers, sey es daß er die Urkunde wirklich zuvor empfangen, dann aber im Vertrauen darauf das Geld gezahlt hatte; sey es, daß in der Urkunde zwar baarer Geldempfang bescheinigt, in der That aber, wie es häufig vorkommt, nach Uebereinkunft der Parteien in anderer Weise die Darlehnsschuld materiell begründet war. Diese Gefahr wuchs mit der Länge der Zeit, während andrerseits, wenn der Aussteller die Urkunde lange Zeit ohne Anfechtung in den Händen des Gläubigers ließ, die Wahrscheinlichkeit zunahm, daß er wenigstens nachträglich wegen der Valuta befriedigt sey; und jener verdiente jedenfalls keine Begünstigung, wenn er „durch langes Stillschweigen das Rechtsverhältniß trübe werden ließ." Diese Rücksichten führten zu dem Satze: „exceptionem n. n. p. post

multum temporis opponi non posse," der durch kaiserliche Reskripte anerkannt und als Rechtssatz befestigt wurde, als solcher zuerst erwähnt in L. 8 Cod. h. t. von Alexander Severus, und schon bald mit Festsetzung des multum temporis auf ein quinquennium (wie L. 1 §. 13 D. de separat.), schwerlich jemals auf ein Jahr. Durch diese Befristung gewann die Exception eine Eigenthümlichkeit, wegen deren sie auch fortan regelmäßig nicht allgemein als doli exceptio, sondern speciell (in factum concipirt) als exceptio non numeratae pecuniae erscheint. Zugleich aber mußte nun dem Aussteller auch die Befugniß eingeräumt werden, durch Protestation (querela n. n. p.) die Verjährung der Einrede abzuwenden.

In Folge der Assimilation der Stipulationsurkunden und einfacher Schuldscheine aber wurden denn auch die letzten derselben Exceptio unterworfen, die auch hier gegen den in jenen liegenden Willensact gerichtet war, neben welchem, nach Anerkennung seiner Verpflichtungskraft auch bei mangelnder Stipulation, die Empfangsbescheinigung in das Verhältniß eines Zeugnisses über die causa zurücktrat, das als solches einfachem Gegenbeweise unterlag, zu dessen Führung der Beklagte durch die exc. n. n. p. sich den Weg öffnete. Indem dieser Gegenbeweis nun nach Ablauf der Exceptionsfrist nicht mehr zugelassen wurde, lief die Anwendung der Exception auf einfache Schuldscheine praktisch auf den Satz hinaus, daß diese nach Ablauf der Frist aus dem Gesichtspunkt anticipirter Ausstellung nicht mehr angefochten werden können. Eben damit aber trat das Recht der Exception und der ihr zum Grunde liegende Gedanke einer formellen Verpflichtungskraft (einer Litteralobligation) klar zu Tage, wie ihn Justinian und Theophilus bestimmt aussprechen. Eine Spur dieser Ausdehnung der exceptio n. n. p. möchte man schon in einem Reskript Diocletians (L. 5 Cod. si cert. pet.) finden, das aber interpolirt seyn kann. Bestimmter tritt sie hervor in L. un. Theod. cod. si certum pet. und völlig entschieden in Justinians Institutionen (3. 21. de litt. obl.)

Was die Rechtsgeschäfte betrifft, welche der Exception in ihrer ursprünglichen Bedeutung unterworfen waren (§. XI.), so mußte sie überall Raum finden, wo eine im Verhältniß zu ihrer materiellen Begründung anticipirte Stipulation nach den Regeln des

Digitized by Google

Verkehrs gedacht werden kann. Aber die später angenommene Befristung scheint nur für die Fälle eingeführt zu seyn, wo die Realleistung mit einer Eigenthumsübertragung (nicht bloß von Geld, pecunia im engern Sinn) verbunden war, also für die Fälle des creditum im engern Sinn, aber nicht bloß für das Darlehn. Bescheinigungen über liberatorische Zahlungen aber haben die nämliche zweideutige Natur wie Darlehnsscheine; auch bei ihnen war anticipirte Ausstellung gleichfalls denkbar und konnte gleiche Folgen haben. Die Anwendung der exceptio n. p. p. aber auf den römischen formellen Quittungsact, die Acceptilatio, war, so lange der Formularproceß bestand, eine processualische Unmöglichkeit; nur eine condictio ob causam non secutam war hier möglich. Die Befristung jedoch fand auf diese condictio wahrscheinlich gleiche Anwendung, und „mit Aufhebung des Formularproceßes beseitigten sich auch die processualischen Gründe, welche die Anfechtung der Acceptilatio auf eine selbständige Klage beschränkten," indem die Vorschützung der Acceptilatio selbst zu einer Einrede im heutigen Sinn sich gestaltete und deren Anfechtung nunmehr auch durch replica n. n p. zugelassen werden mußte. Dann aber war der Uebergang von Acceptilationsscheinen zu einfachen Quittungen noch weit leichter gegeben, als der von Stipulationsurkunden zu einfachen Schuldscheinen, da auch jene schon die Empfangsbescheinigung, also die causa, formell in sich trugen; und so ist die Uebertragung der Exception auf Quittungen ohne Zweifel schon vor Justinian geschehen, nicht durch diesen erst eingeführt worden, was nach Justinians Ausdrucksweise in L. 14 Cod. h. t. durchaus unwahrscheinlich ist. Alsdann aber mußte die Rechtsconsequenz dahin führen, auch die Anfechtung eines Empfangsbekenntnisses über eine Leistung aus gegenseitigem Contract, als eines antizipirten, für den Zweck der exc. non impleti contractus, „nur nach den Regeln der exc. n. n. p. zuzulassen, d. h. diese Anfechtung mit Ablauf des multum temporis auszuschließen" (S. 319).

Justinian nun hatte (so fährt §. XII. fort) die verständige Tendenz den Urkundenbeweis zu kräftigen, und diese bethätigte er auch in fraglicher Beziehung. Sogar sich dem Gedanken zuneigend, die Einrede gegen ein Empfangsbekenntniß ganz abzuschneiden, zog er es doch vor, dieselbe nur in gewissen Fällen auszuschließen, (für Schuldscheine über ein Depositum, für Quittungen über öffent-

Digitized by Google

liche Abgaben, und für Quittungen, welche nach Ausfertigung der Dotalinstrumente über den Empfang der Dos ausgestellt werden), in den übrigen aber erheblich abzukürzen (für Schuldscheine im allgemeinen auf 2 Jahre, für Quittungen auf 30 Tage, für Empfangsbekenntnisse über die Dos im Dotalinstrumente auf ein Jahr nach Auflösung der Ehe). In Ansehung der letzten Fälle bezeichnet er im Beginn der L. 14 Cod. h. t. seine Tendenz mit den Worten: „... non intra quinquennium ... n. n. p. exceptionem obiicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit..., sed intra solum biennium continuum, ut eo elapso nullo modo querela n. n. p. introduci possit." und bezüglich der Quittungen in §. 2. „ut sibi triginta dies transacti fuerint, eadem securitas a iudicantibus omnibus modis admittatur, nec ei liceat, post excessum memoratorum triginta dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere", und ähnlich bezüglich der Dos in L. 3. Cod. de dote cauta, unter Angabe des Grundes: „quia dotes datas esse dotalibus instrumentis moris est, cum adhuc nulla datio, sic tantum pollicitatio subsecuta sit," was nicht heißt: „weil öfters vorkommt, daß die Dos im Dotalinstrument als gegeben bescheinigt wird, während sie erst versprochen ist, so soll die Empfangsbescheinigung nichts beweisen", sondern: „aus dem gedachten Grunde soll einfacher Gegenbeweis überhaupt zugelassen werden." Daß nach Ablauf der Frist der fragliche Einwand dem formell bindenden Willensact gegenüber gar nicht mehr zur Erörterung gebracht werden soll, ist nach obigen Stellen unbestreitbar. Nur zufolge einer Auffassung, welche schon vorher „sich auf singulärem Boden zu bewegen vermeint und sich deßhalb nicht darin finden kann, ... abermals auf eine Singularität zu stoßen", konnte man sich versucht finden, das hinwegzudemonstriren. Nur darf man nicht hiemit verwechseln die Anfechtung wegen irrthümlich unterstellter causa praecedens, welche von der Ausschließung der exceptio n. n. p. nicht berührt wird, wohin denn auch die Behauptung gehört, daß die in ein Darlehn umgewandelte frühere Schuld nicht bestanden habe."

„In seiner bekannten Breite" schließt Justinian auch noch, was sich eigentlich von selbst versteht, den Gegenbeweis durch Eideszuschiebung ausdrücklich aus, wahrscheinlich weil diese das häufigste

Digitized by Google

und — „trügerischste Mittel abgab, um den Beweis des Klägers zu paralysiren.“ Der §. 3 der L. 14 cit.; in sein Gegentheil umgewandelt, würde sagen: „in quibus permittitur exceptionem n. n. p. opponere, in his et iusiurandum offerre licet“; „von der Eideszuschiebung des Excipienten während der Dauer der Exception könnte aber nicht die Rede seyn, wenn das Empfangsbekenntniß nichts bewiese.“ (S. 223).

Nach dieser Entwickelung ist die exceptio n. n. p. „keine singuläre Schöpfung, sondern ein organisches Rechtsgebilde“; das besondere dabei ist nur, „daß nach einer gewissen Zeit Gegenbeweis gegen das Empfangsbekenntniß, in der Richtung daß es antichrirt sey, nicht mehr stattfindet.“ So erscheint sie historisch vollständig erklärt, praktisch unanstößig; und, was Justinian daran geändert, nicht im Widerspruch mit dessen Worten und Tendenzen (§. XIII.).

Zum Schlusse betrachtet der Verf. noch eine Reihe von Gesetzesstellen genauer (§. XIV — XVIII. die Zählung der §§. geht im Buche selbst fälschlich bis XIX.), die wir einzeln anführen wollen. Als Argumente für die hier bestrittene gemeine Meinung hat man angeführt:

1) L. 9 Cod. h. t. (Diocl. et Max.) Diese Stelle hat man zum Beleg benutzen wollen, daß die exc. n. n. p. nur sog. *negative* Litiscontestation sey: mit Unrecht; die Worte: „cum ultra hoc quod accepit re obligari neminem posse constet“ drücken nur den materiellen Grund für die Gestattung der (zu dem Ablängnen des dare oportere im Gegensatz stehenden) Exception gegen die formell bindende Stipulation aus.

2) L. 10 Cod. eod. (Diocl. et Max.) Die Kaiser stellen hier, um „eine etwas cabulistische Deduction abzuweisen,“ der Zahlungseinrede die exc. n. n. p. ihrem reinen Princip nach gegenüber. Daß diese die Beweislast auf den Stipulanten überträgt, was eben ihre Befristung veranlaßt hat, entspricht der obigen Entwickelung; die Hinweisung auf die naturalis ratio, daß negantis nulla probatio est, ist nur durch sie erklärbar, mit der Idee eines Beweisbeneficiums unvereinbar. Auf die Bedeutung des Empfangsbekenntnisses für die Beweisführung geht das Rescript nicht ein.

3) L. 1 und L. 3 Cod. h. t. (von Severus und Antoninus.) Sie beweisen ebenfalls nicht mehr, als daß in Folge der Exceptio den Kläger die Beweislast treffe.

Digitized by Google

4) L. 1 Cod. de dote cauta. Die „scriptura" in dieser Stelle bedeutet eine im Dotalinstrument bezeugte Stipulation entweder zur Bestellung oder über Rückgabe der Dos; für das letzte spricht die Aufnahme in diesen Titel. Die Stelle sagt dann wiederum nur, daß bei der Klage auf Rückgabe die Hingabe bewiesen werden müsse, nicht daß zu diesem Beweis das Empfangsbekenntniß nicht benutzt werden dürfe.

5) Nov. 18. cap. 8 u. nov. 100. Die diesen Gesetzen zu Grunde liegende Annahme, daß die Exception dem Kläger die Beweislast zuwende und dieser Beweis dem Gläubiger sehr lästig werden könne, ist richtig, auch wenn man dem Empfangsbekenntniß (über die Dos) einfache Beweiskraft zugesteht.

Alle diese Stellen stehen daher der obigen Entwickelung nicht entscheidend entgegen. Positiv für dieselben sprechen andrerseits:

1) L. 1 Cod. de cond. ob turp. caus. und L. 2 Cod. h. t. (beide von Antoninus Caracalla), beide unzweifelhaft davon ausgehend, daß der Aussteller der Bescheinigung den Einwand: nullam (oder minorem) pecuniam se accepisse (gegenbeweislich) darzuthun habe, daher mit der herrschenden Ansicht schlechthin unvereinbar, so zwar, daß Gneist sie nur historisch, als der Zeit vor Einführung des Beweisbeneficiums angehörend, erklärt; wenn man sich dabei auch bezüglich der L. 1 cit. beruhigen möchte, so ist dieß doch nicht möglich in Ansehung der L. 2 cit., ohne „der Leichtfertigkeit der Compilatoren allzuviel zuzutrauen."

2) L. 14 Cod. de solut. (Diocl.) Mit dem Ausspruch dieser Constitution, welche die Beweiskraft der Empfangsbekenntnisse sehr scharf betont, „ist eine Lehre, wornach Quittungen längere Zeit beweisunkräftig gewesen wären, völlig unvereinbar." Und wie hätte wohl

3) in L. 11 Cod. qui pot. Kaiser Leo die Kraft der Urkunden, und unter ihnen der Darlehnsurkunden, so allgemein anerkennen mögen, wenn diese fünf Jahre lang nichts bewiesen hätten?

Indirect ferner sprechen gegen die bestrittene Wirksamkeit der exc. n. n. p.:

1) L. un. Theod. cod. si certum pet.; diese nöthigte den Inhaber eines Schuldscheins, nach dem Tode des Ausstellers binnen zwei Jahren die Urkunde zu producirеn und Klage zu erheben, also möglicherweise innerhab fünf Jahren nach deren Ausstellung;

Digitized by Google

und dabei ſollte das Geſetz, das die exc. n. n. p. und deren Befriſtung in §. 4 ſelbſt erwähnt, von der Vorausſetzung ausgegangen ſeyn, daß der Schuldſchein innerhalb fünf Jahren nichts beweiſe? „Läßt ſich denn eine ſolche Verkehrtheit in einem Geſetze denken?“

2) L. 16. Cod. de fide instrum. (eine lex restituta). Demnach ſollte der Ausſteller der Urkunde durch Läugnen der Aechtheit die exc. n. n. p. zur Strafe verlieren: „eine handgreifliche Ungereimtheit,“ wenn vor Ablauf der Friſt die Urkunde doch nichts bewies, und nachher die Exceptio ohnehin ausgeſchloſſen war.

3) L. 23 Cod. de plus petit. (Justinian.); ſie „ſetzt nothwendig eine Beweiskraft der cautio voraus.“

4) L. 23 Cod. ad Sc. Vellei. — Hätte Juſtinian das „omnino esse credendum“ ausſprechen können, ohne Beſchränkung, „wenn er eine zeitweiſe Unglaubwürdigkeit der Quittungen anerkannt oder gar eingeführt hätte?“

Als Geſetze, welche vorzugsweiſe von der causa praecedens ſprechen, führt der Verf. im 3. XVII. (falſch XVIII.) an:

1) L. 5 Cod. h. t. (Alexander): Sie entſcheidet, daß einer auf Grundlage einer beſtehenden Schuld ausgeſtellten cautio creditae pecuniae die exc. n. n. p. nicht entgegenſtehe, ſondern nur ein Einwand aus dem Beſtand jenes Schuldverhältniſſes; jene könne nur ſtattfinden, wo Geld zurückgefordert werde, welches im Sinne der Schuldverſchreibung wirklich hätte ausbezahlt werden ſollen. Derſelbe Geſichtspunkt liegt den Entſcheidungen in L. 6, 11 Cod. h. t., L. 2 Cod. de dote cauta, und wohl auch der L. 4 Cod. de duob. reis zum Grunde.

2) L. 4 Cod. h. t. Man hat daraus gefolgert, daß nicht nur eine Zins- oder Abſchlagszahlung, ſondern jede wiederholte Anerkennung der Schuld die exceptio ausſchließe. Die Worte: „cum fidem cautionis agnoscens etc.“ ſagen nur: „Da du die Ausſtellung der Urkunde (alſo die formelle Obligation) anerkennſt und zudem eine Zins- oder Abſchlagszahlung geleiſtet haſt, iſt die exceptio n. n. p. nicht mehr zuläſſig.“ Allerdings iſt nun nicht zu bezweifeln, daß auch jede andere wirkliche Anerkennung der materiellen Schuld die Einrede ausſchließe. Aber jene iſt an ſich nicht immer aus einer zweiten Empfangsbeſtätigung zu entnehmen, da auch dieſe anticipirt ſeyn könnte. Jedoch muß man „bei dem dermaligen Stande dieſer Lehre Bedenken tragen, jener Praxis ent-

Digitized by Google

gegen zu treten, da die wiederholte Ausstellung eines Empfangscheins jetzt fast das einzige Mittel bildet, wodurch sich der Gläubiger des Unfugs der exc. n. n. p. erwehren kann." (S. 333.)

3) L. 13 Cod. h. t. (Justinus). Diese verordnet (generaliter), daß wenn über eine Schuld ex antecedente causa, mit Angabe dieser causa, eine Schuldurkunde ausgestellt sey, der Aussteller nicht vom Stipulator den Beweis der causa verlangen könne, „cum suis confessionibus acquiescere debeat." jedoch Gegenbeweis vorbehalten. Daraus folgert man argumento a contrario, daß, wo keine ächte causa praecedens vorlinge, also in den Fällen der exc. n. n. p., der Aussteller die Unwahrheit des angegebenen Verhältnisses nicht zu beweisen branche. Aber dieses arg. a contrario ist unvereinbar mit dem Schlußsatze: „nimis enim indiquum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare etc.," welcher auch auf diese Fälle paßt. Endlich

4) Nov. 136 bestimmt Cap. 6, daß eine vom Schuldner des Argentarius unterzeichnete Rechnung, welche die einzelnen Schuldposten genau angibt, nur nach den Grundsätzen der exc. n. n. p. innerhalb der Frist derselben angefochten werden könne, und legt dabei den Beweis dem Schuldner auf, mit Gestattung der Eideszuschiebung, die nach Ablauf der Frist auch wegfalle. Die gemeine Meinung findet darin ein Privileg der Argentarien, welches als Ausnahme die Regel bestätige. Allein Cap. 6 sagt am Ende: es sey dieses (τοῦτο) auch allgemein verordnet, und fährt fort: „wenn gleich auch dieses kaum nöthig gewesen wäre (καίτοιγε νοῦδὲ τοῦτο ἐχρῆν), da niemand für so sorglos zu halten sey, daß er Nichtempfangenes als empfangen bescheinige." Darnach kann so wenig das erste als das letzte τοῦτο bloß auf den nächstvorhergehenden Satz über die Ausschließung der Eideszuschiebung nach Ablauf der Frist, sondern muß auf den weiter vorhergehenden Satz über die Zulassung derselben während der Frist sich beziehen, wo schon einmal ein τοῦτο vorkommt. So gibt diese Stelle „ein directes Zeugniß über den Sinn der allgemeinen Gesetze dahin, daß bei bescheinigter causa dem Excipienten der (Gegen-) Beweis obliegt. Das besondere Recht der Argentarien besteht nur darin, daß schon die einfache Unterschrift einer Rechnung hinreichen soll, „um die Wirkungen der Stipulation, d. h. die Anwendung der

Digitized by Google

mit dieser correlaten exc. n. n. p. herbeizuführen," die erst später durch Edicte von Justinian gegen Schuldverschreibungen zu Gunsten der Argentarien ganz ausgeschlossen wurde.

Damit schließt der Verf. seine Ausführung, von der er hofft, daß sie, wenn nicht die herrschenden Ansichten erschüttern, doch zu deren erneuter Prüfung veranlassen werde. „Möchte man dabei doch immer einer historischen Kraft mißtrauen, welche nur seltsame und unbegreifliche Resultate aufzuweisen vermag!"

Wir haben nunmehr den Inhalt des Buches in getreuem Auszuge, wie wir meinen, dargelegt, und glauben schon dadurch manchem Leser dieser Zeitschrift, der nicht in der Lage ist, unter den hundertfältigen oft unmäßig umfangreichen Erscheinungen der juristischen Literatur das Werthvolle herauszufinden und das als solches Erkannte genau zu durcharbeiten, einen Dienst erwiesen zu haben. Wir haben uns dadurch zugleich den Weg bereitet, ein Urtheil über dessen Resultate zu fällen, und uns ausgewiesen, daß wir uns des Urtheils wenigstens nicht ohne sorgfältigen Actenauszug unterfangen. Mit diesem Vorbehalt nehmen wir einstweilen Abschied von dem Verf., nicht ohne ihm schon jetzt das schriftliche Anerkenntniß auszustellen, daß wir uns ob der belehrenden Anregung, die uns sein Buch gegeben, zu Dank verpflichtet fühlen.

Arndts.

(Fortsetzung folgt.)

---

2) Die Obligation und Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts. Eine civilistische Studie von Dr Johannes Emil Kuntze, Advokat und Privatdocent der Rechte an der Universität zu Leipzig. 8. Leipzig. Hermann Mendelssohn. 1856. XVI. und 423. S.

Der Verfasser eröffnet seine, die Stelle einer Vorrede vertretende Dedication des vorliegenden Werkes (an Marezoll und Albrecht) mit dem Ausspruche der Besorgniß, daß dasselbe von manchen unter denen, die es „neu- oder wißbegierig zur Hand nehmen, alsbald mit ironischem Lächeln bei Seite geschoben werden dürfte, falls der erste Blick, wie es ja wohl zuweilen geschieht, von ungefähr auf die letzten Seiten fallen sollte". Diese Erwartung möchte nicht ganz unbegründet seyn; denn, wenn auch, was die Unbändigkeit der Gedanken anbelangt, Christiansens bekannte Rechtsgeschichte vielleicht unerreicht dasteht, an Ueberschwäng-

Digitized by Google

lichkeit des Ausdrucks kömmt ihr der letzte Abſchnitt dieſer Schrift zum mindeſten gleich; und ähnliches darf auch von einzelnen andern Partien derſelben behauptet werden.[1]) —

Ich weiß die Freiheit des Auctors in der Formülirung ſeiner Gedanken wohl zu würdigen, und huldige mit nichten der unbedingten Unterwerfung unter eine hergebrachte Darſtellungs- oder Dictionsweiſe; entſchieden aber ſelbſt auf die Gefahr hin, von K. für eine, „in die Juriſtenwelt eingepferchte Seele“ gehalten zu werden, muß ich mich gegen die hier ſo oft auftretende Willkür des Styles erklären, welche nicht etwa bloß den gangbaren juriſtiſchen Sprachgebrauch gänzlich über Bord wirft, ſondern auch dem durch das Weſen des Stoffes ſelbſt geforderten Modus der ſprachlichen

---

[1]) So z. B. S. 399: „Das telluriſche Subſtrat der Menſchenwelt gliedert ſich in die elementare Dreiheit des Erd-, Luft- und Waſſerreiches, drei Glieder weiſt der helleniſche Theaterbau, der ſo naturwüchſig ſich entwickelte auf; drei Säulen tragen den römiſchen Verfaſſungsorganismus (Senat, Volk, Magiſtratur), drei Glieder zählen uns Aelians Tripertita als den äußeren Grundbau des römiſchen Rechtes auf (lex, interpretatio oder jus, legis actiones. Auch der Grundbau des Privatrechtes entfaltete ſich zunächſt von der primitiven embryoniſchen Einheit zur kunſtreicheren Dreigliederung, indem die Rechtsanſchauung des atomiſtiſchen Plebejerthums wie befruchtender Blüthenſtaub in den Kelch des patriciſchen Roms trieb, wo der Rechtsſtoff noch in urſprünglicher, natürlicher Befangenheit ſchlummerte. Der civiliſtiſche Schwerpunkt des Privatrechtes iſt der Perſon-Begriff, und dieſen finden wir, mehr geahnt als geſchaut, in dem alten Begriff des paterfamilias und der demſelben begrifflich entſprechenden manus (oder potestas) wieder. Der Manus-Begriff iſt der embryoniſche Fruchtſtoff des geſammten römiſchen Privatrechtes ꝛc.“

Oder S. 401. „Das jus strictum mit ſeiner plaſtiſchen Ruhe und ſinnlichen Strenge iſt das Epos des röm. R.; an die legis actiones knüpfte ſich die individualiſirende Zweig- und Laubfülle des prätoriſchen Rechtes, dieſer lyriſchen Dimenſion des r. R. an; die scholae aber wurden zur Werkſtätte, in welcher die Vermählung der epiſchen und der lyriſchen Stoffe zur höheren dramatiſchen Einheit geſchmiedet ward.“

Oder S. 408. „ — Wir erblicken in dem gebundenen (perſönlichen Sola-) Wechſel den epiſchen Unterbau, in dem Inhaberpapier mit ſeiner ungezügelten Feuerſeele die geheimnißvolle Lyrik, und in dem Ordrepapier die beruhigende, verſöhnende Wendung zum Drama!“ — Vgl. auch S. 406, dann den ganzen §. 21 (S. 78 f.) ꝛc. ꝛc.

Digitized by Google

Einkleidung geradezu widerspricht. Die erforderliche Schärfe und Klarheit der Bezeichnung geht bei solchem Treiben begreiflich verloren, der wahre Gesichtspunkt wird verrückt, und die Darstellung löst sich nicht selten in einen reinen Nihilismus auf. Anfänger werden durch derartige Schriften regelmäßig verwirrt, und zu einer oberflächlichen, in willkürlicher und phrasenreicher Construction über den gegebenen, nicht begriffenen, Stoff selbstgefällig sich hinwegsetzenden Behandlung des positiven Rechtes verleitet. — Dem Praktiker aber darf man es wahrlich nicht verargen, wenn er gegen solche Producte, welche in ihrem räthselhaften Gewande seinem nüchternen Blicke als nutzlose Chimären erscheinen, von vornherein sich negativ verhält, und es verschmäht seine ohnedieß sparsam zugemessenen Mußestunden daran zu wenden, um durch den Wust des absonderlichen Schwulstes bis zu dem — vielleicht — dahinter verborgenen Kerne sich hindurch zu arbeiten.

Der Verf. möge mir dieses freimüthige Urtheil verzeihen. Nicht die Sucht sein Verdienst zu verkleinern, sondern innige Ueberzeugung, und das Bedauern, daß der Eindruck und die Wirksamkeit seines Buches, an welchem redliches Streben nach Förderung der Wissenschaft und eine nicht gewöhnliche Anlage des Auctors unmöglich verkannt werden können, durch diese ungeheuerliche Form wesentlich beeinträchtiget werden müssen, haben mich zu dieser, manchem vielleicht hart erscheinenden Aeußerung veranlaßt.

Der Verf. hat das Obligationen-Recht zum Gegenstande seiner intensiveren Studien erkoren, weil es das Terrain ist, auf welchem, wie er meint, der entscheidende Schlag in dem Kampfe geführt werden wird und muß, der sich um die Frage nach dem schließlichen Grundverhältnisse der modernen (deutschen) Elemente, zu den antiken (römischen) Formen des Rechtes bewegt. — Schon an einem andern Orte hat K. über die heutige Bedeutung des römischen Rechtes sich ausgesprochen. (Kritische Ueberschau II. Bd. S. 225 f.) Soweit er die Anschauungen und Bedürfnisse des modernen Verkehrslebens bis jetzt beobachtet, sagt K. an jenem Orte, sey ihm der Fond des röm. R. allenthalben als zureichend erschienen, und er könne nicht zugeben, daß ein höherer Standpunkt über dem römischen Rechte noch möglich sey; allein es fehle den Romanisten, die doch vorzugsweise

Digitized by Google

berufen seyen eine civilistische Naturlehre zu liefern, noch die wahre Erkenntniß und scharfe Formulirung der römischen Rechtsbegriffe, und hier müsse man erst festen Fuß fassen, ehe es gelingen könne, römisches und germanisches Recht in das wahre wissenschaftliche Verhältniß zu einander zu bringen. — Das antike Recht des orbis romanus (so sagt er in der vorliegenden Schrift S. 404 f.) ist das „Gesetz für den Genius der Rechtswissenschaft überhaupt", das „große und weite Gefäß für die juristisch-politische Geistesfülle aller menschlichen Gesellschaftszukunft", das „Epos des Weltrechtslebens." — „Des Germanenthums weltgeschichtliche Aufgabe aber ist es gewesen, für dieses Gefäß den psychischen Stoff zu Tage zu fördern." „Das germanische Rechtsleben ist die Lyrik des Weltrechtslebens." „Im modernen Rechte Deutschlands gesellt sich zu der germanischen Fülle und Freiheit die antike Schranke und Ordnung, — das Drama." (!) — Ich übergehe die weiteren Ausführungen dieses Gedankens und die Beleuchtung der Richtungen der neuern Jurisprudenz, welche den Schluß des letzten Abschnittes bilden, indem sie im Wesentlichen nichts neues bringen, und die Besprechung des eigentlichen civilistischen Inhaltes dieses Buches ohnehin genug zu schaffen gibt. — Das Werk zerfällt in fünf Abschnitte. I. Ueber den Begriff der Obligation und Singularsuccession, so wie über die Unanwendbarkeit der letzteren auf das Obligationsgebiet §§. 1—20. — II. Die Genesis des röm. Obligationsbegriffes und die Delbrück'sche Theorie §§. 21—28. — III. Die obligatorischen Gestaltungen der Correalität und Novation. §§. 29—64. — IV. Die obligatorischen Gestaltungen der Stellvertretung, Cession und Schuldüberweisung. §§. 65—87. — V. Die Systematik des Obligationenrechtes. Die gegenwärtige Richtung und Aufgabe der Rechtswissenschaft. —

(I. Abschnitt.) Die §§. 1—6 befassen sich mit dem Begriffe der Obligation. K. erklärt die von Puchta aufgestellte, jetzt herrschende, Auffassung des röm. Obligationsbegriffes für die richtige und dem Wesen der Obligation selbst entsprechende (§. 1), geht hierauf zu der von Brinz (krit. Blätter No. 2) versuchten Anfechtung jener Definition über, und sucht diese, sowie die von Brinz aufgestellte Begriffsbestimmung der Obligation zu widerlegen (§§. 2—5). Die dießfälligen Ausführungen des Verf. verdienen, obschon sie nichts eigentlich neues enthalten, nach meinem Dafür-

Digitized by Google

halten volle Beachtung. Ein Punkt iſt jedoch beſonders hervorzuheben. K. unterſcheidet zwiſchen Object und Inhalt der Obligation. Erſteres, die Handlung, iſt jene Thätigkeit des Schuldners, welche von dieſem, der Obligation zufolge, zum Vortheile des Gläubigers ausgehen ſoll; letzterer, die Leiſtung, ſoll der Erfolg dieſer Thätigkeit ſeyn, der für den Gläubiger ein Vermögensintereſſe hat (S. 12), und deßwegen von K. auch „Vermögensſtoff“ genannt wird (S. 139). Die Handlung, in ihrer juriſtiſchen Verwendung, habe bloß formale Exiſtenz, ſey nur das Medium für die juriſtiſche Einkleidung und Motivirung des obligatoriſchen Vermögensſtückes. Die Handlung (das Object) mit ihrer idealen Exiſtenz habe für den Verkehr, der ſich bloß mit realen Werthſtücken befaſſe, keinen Werth. Der reelle Werth der ſchuldneriſchen Thätigkeit ſey alſo anderswo zu ſuchen (S. 115 f. S. 91). Darin ſoll auch der Grundunterſchied zwiſchen Sachen- und Obligationen-Recht liegen, indem bei erſteren der Werth unmittelbar in dem Object, der Sache, liege (S. 116). — K. will in dem Umſtande, daß man jenen Unterſchied zwiſchen Handlung und Leiſtung nicht gehörig bisher beachtet hat, den Grund gefunden haben, warum ſo manche, „tief in das Weſen der Obligation hineinführende, und dazu praktiſch außerordentlich wichtige Fragen“ nicht befriedigend gelöst wurden. — Wir wollen ſehen, wie es ſich mit dieſem Unterſchiede verhält. — Worin liegt der Werth der Sache, welche bei den dinglichen Rechten unmittelbar Gegenſtand des Rechtes iſt? In den Eigenſchaften, welche die Sache tauglich machen, zur Befriedigung gewiſſer Bedürfniſſe der Menſchen verwendet zu werden. Die Anerkennung dieſer Eigenſchaften führt zu der Schätzung der Sache als Gut, und in dieſer Schätzung, alſo doch nur in der Beziehung der Sache auf Umſtände außer ihr, liegt ihr Werth. Gerade der Erfolg der Verwendung, welche der Natur der Sache entſpricht, begründet den Werth derſelben. Will man die Sache als das denken, was ſie ihrem Weſen nach iſt, ſo kann man von dieſer Beziehung ihrer Eigenſchaften auf menſchliche Bedürfniſſe, und den Erfolg ihrer Verwendung hiezu, keineswegs abſehen; die Sache bliebe ſonſt als etwas „Werthloſes“ in der Vorſtellung übrig. — Gerade ſo verhält es ſich mit den Handlungen. Hat die ausgeführte Handlung einen beſtimmten Erfolg, der einem wirklichen Bedürfe

Digitized by Google

niſſe Genüge leiſtet, ſo hat die Handlung ſelbſt ihren Werth, wie die Sache, denn nur die mit den äußeren Umſtänden in Verbindung tretenden Eigenſchaften der Handlung machen den beſtimmten Erfolg möglich. Faßt man alſo die Handlung wieder als das, was ſie wirklich iſt, auf (und ſo müſſen wir ſie uns doch als Gegenſtand der Obligation denken), ſo kann man ſie gar nicht getrennt von ihrem Erfolge, und ebenſowenig den Erfolg unabhängig von der Handlung denken. — Es iſt alſo durchaus nicht ſtichhaltig, wenn K. (S. 91) ſagt: „Es wird gleichſam zwiſchen die Herrſchaft und das praktiſche Ziel ein künſtliches Medium eingeſchoben (der abſtracte Begriff der Handlung), das ſich völlig indifferent zu dem Vermögensſtoffe der Leiſtung verhält.“ — Mit dieſem „Abſtractum“ der Handlung hat es der Verkehr und das Recht in ſeiner Verwirklichung eben gar nicht zu thun, ſondern die concrete Handlung iſt es, mit der ſie zu thun haben, und dieſe läßt ſich, ohne Künſtelei, nicht anders behandeln als oben angedeutet wurde. Allerdings laſſen ſich an dem Begriffe einzelne Momente unterſcheiden, und theoretiſch geſondert betrachten, aber man darf darüber doch nicht vergeſſen, daß keines dieſer Momente unweſentlich, und, will man nicht den Begriff ſelbſt aufgeben, ohne das andere denkbar iſt. — Der weitere Verlauf der Kritik wird auch von ſelbſt zeigen, daß gerade dort, wo K. auf dieſen Unterſchied den meiſten Nachdruck legt, für die eigentliche Löſung der obſchwebenden Frage dadurch nichts gewonnen ſey. — Die im §. 6 beigebrachten Quellencitate, durch welche K. die jetzt herrſchende Auffaſſung des Begriffes der Obligation beſtätigt finden will, enthalten nur beiläufige, zum Theil ungenaue Ausdrücke; K. ſelbſt kann ihnen bloß den Rang indirecter Belege einräumen.

In den folgenden §§. 7 — 20 incl. behandelt K. die Singularſucceſſion in Obligationen, und zwar enthalten die §§. 7 — 15 dogmengeſchichtliche Ausführungen, während die §§. 16 — 20 K's Anſicht nebſt deren Motivirung bringen. — Bevor ich jedoch den Inhalt dieſer §§. näher betrachte, will ich erſt den 2ten Abſchnitt (§§. 21 — 28) einer kurzen Beſprechung unterziehen, weil derſelbe eigentlich mit den §§. 1 — 6 unmittelbar zuſammenhängt. §. 21 gibt unter dem Titel „Ein Grundgeſetz geſchichtlicher Bildung“ eine ſehr weitſchweifige und ziemlich ſchwülſtige Entwicklung, in der, beim Lichte betrachtet, nichts anderes als der Satz vor-

Digitized by Google

getragen wird, daß alles Individuelle dem Gesetze der Entwicklung zum Besonderen unterliege, der menschliche Geist im Beginne seiner Entfaltung in der Materie befangen sey, und sich erst allmählich immer mehr von ihr befreie. — §. 22 enthält sohin eine ausnehmend unklar gehaltene Hypothese über die Genesis des römischen Obligationsbegriffes. An wirklichen Gedanken findet sich hier nichts, was nicht schon bei Christiansen, Jhering u. a. gesagt wäre. — §. 23 formulirt die Bedeutung des römischen Obligationsbegriffes (dem die Neueren ohne Grund oft Künstlichkeit und Schwerfälligkeit vorgeworfen) dahin, daß die Römer durch ihn einen epochemachenden Fortschritt über die beschränkten Verkehrsformen des Sachenrechtes hinaus, zu freierer Benutzung und tieferer Ausbeutung des juristischen Verkehrsstoffes gemacht, in die unendlich mannichfaltigen Gewebe desselben Ordnung und Festigkeit gebracht, und zugleich elastische Formen der Bewegung und Verknüpfung gepflanzt haben. — Die moderne Richtung habe nicht vermocht etwas gediegeneres an dessen Stelle zu setzen (§. 24). Delbrücks Auffassung der Obligation erscheint K. so eigenthümlich, daß er sie umständlicher beleuchten zu müssen glaubt. §§. 25 — 27.) Delbrück hält zwar den römischen Begriff der Obligation (vom römischen Standpunkte aus) für vollkommen berechtiget, und erkennt die Unveräußerlichkeit der Obligation als eine Consequenz dieses Begriffes an; er behauptet aber, daß neben dieser Auffassung noch eine zweite, ebenso berechtigte möglich sey, welche er dem germanischen Standpunkte vindiciren will. Obligatio auf der einen, Forderung und Schuld auf der andern Seite, sagt er, seyen ebenso identisch, als von einander verschieden. Jene ist ein lebendiges Verhältniß zwischen Personen, diese sind der reelle, feste Niederschlag desselben. Jene geht zu Grunde, indem sie Forderung und Schuld erzeugt, und existirt nur noch als ihr Grund in ihnen fort. Forderung und Schuld sind dann Bestandtheile des Vermögens, Sachen, nicht so individuell wie die sie erzeugende Obligation, und daher übertragbar. — Gegen diese Auffassung der Obligation, welche in derselben nur einen vorübergehenden Entwicklungsproceß erkennt, dessen Product allein von Dauer seyn soll, erklärt sich K. mit Recht; er nennt sie undenkbar. Doch vermißt man bei ihm eine eigentliche Widerlegung Delbrücks, welche doch nicht schwer fallen kann. Angenommen auch, die Obligation

Digitized by Google

ginge wirklich unter (welche Vorausſetzung D. bei der „Schuldüberweiſung“ zu vergeſſen ſcheint), ſo müßte ſie doch jedenfalls als Grund der Forderung ſowie der Schuld gedacht werden; was aber dem Grunde weſentlich iſt, muß als weſentliches Merkmal auch in der Folge ſich erhalten; iſt alſo der Obligation die Beziehung auf die Perſonen, zwiſchen welchen ſie entſteht, weſentlich, ſo kann dieſe Beziehung auch von dem Begriffe der Forderung und der Schuld nicht getrennt werden. —

In der modernen, antirömiſchen Auffaſſung der Obligation meint aber K. doch einen richtigen Kern zu finden. Dieſer Kern ſoll in dem, allen neueren Geſtaltungsverſuchen gemeinſchaftlichen Grundgedanken liegen, daß es bei ſtrengem Feſthalten an der römiſchen Behandlung der Obligation unmöglich ſey, alle neueren Verkehrsphänomene ausreichend zu beherrſchen. K. meint aber, daß alle „Configurationen“ des heutigen Verkehrs mit dem Weſen des römiſchen Obligationsbegriffes ſich wohl in Einklang bringen laſſen, und daß in allen Fällen, in welchen man, um den Verkehrsbedürfniſſen gerecht zu werden, über die römiſche Subſtanz hinausgehen zu müſſen glaubt, ein Irrthum obwalte, indem man eine Einſeitigkeit des römiſchen Grundbegriffes dort finden wolle, wo nur eine, in zufälligen Umſtänden begründete, formale Unfertigkeit des römiſchen Rechtes vorhanden ſey, welche durch conſequente Anwendung des Princips überwunden werden müſſe. — Ich kehre nun zu dem oben berührten Inhalte der §§. 7—20 zurück. In den §§. 7 — 14 liefert K. dogmengeſchichtliche Daten über die Frage, ob Singularſucceſſion in Obligationen zuläſſig ſey. Dieſe Mittheilungen ſind rückſichtlich der neueren Literatur mit vielem Fleiße gearbeitet. Im §. 15 wird das Weſen der Singular-Succeſſion und die bisherige Auffaſſung derſelben im allgemeinen erörtert. — K. ſagt, bis jetzt habe man dieſes Weſen in der Identität des Rechtes des Auctors und des Succeſſors zu finden geglaubt; dieſe Anſicht ſey aber an ſich, und insbeſondere auch nach römiſchem Rechte unrichtig. Der Wechſel des Subjectes dürfe nicht als etwas dem Rechte äußerliches betrachtet werden, und, ſo wie man das Subject in abstracto für eine weſentliche Vorausſetzung des Rechtsverhältniſſes erkenne, ſo müſſe man auch anerkennen, daß in concreto bei einem beſtimmten Rechtsverhältniſſe ein beſtimmtes Subject weſentlich ſey (§. 16).

Digitized by Google

Die geläuterte Auffassung der S.-S. will K. so begründen (§. 17). Die Garantie der Privatrechtssphären erheische, daß im Verkehr in der Aufeinanderfolge der geschäftlichen Vorgänge eine innerliche Continuität des in den Verkehr gezogenen Rechtsstoffes gewahrt werde. Unter Rechtsstoff versteht K. aber die aus dem Daseyn von Rechtssubjecten und Rechtsobjecten hervorgehende, in Beziehung zur wirklichen Erscheinung gedachte, Möglichkeit concreter Rechtsverhältnisse. (!) — Die concrete Verknüpfung von Subject und Object gibt diesem Stoffe seine Form. Dieser Stoff kann für mehrere Rechtsverhältnisse nacheinander, in successiver Verkettung der Erwerbsgründe, verwendet werden, so daß er bei dem folgenden Rechte aus dem vorangehenden gleichsam herübergenommen wird, jenes aus diesem abgeleitet erscheint, weil es mit demselben Stoffe angefüllt ist. Die Begründung eines solchen abgeleiteten Rechtsverhältnisses sey lediglich ein formal productives Ereigniß im Gebiete des Rechtes, weil durch selbes nur eine andere Verknüpfung von Subject und Object eintritt; aber ein neues Rechtsverhältniß kommt dadurch doch zur Existenz, weil mit der Zerstörung der Form des alten Rechtsverhältnisses auch dessen Individualität aufgehoben ist. Die originäre Erwerbungsart ist dagegen formal und material productiv, weil durch sie eine Existenz erst zum Rechtsstoff gestempelt wird.

Meines Erachtens liefern diese Erörterungen kein wesentlich neues Resultat. Was K., mit einer sehr unklaren Definition, „Rechtsstoff“ nennt, ist wohl nichts anderes als der Rechtsinhalt, dessen wirkliche Identität bei dem Rechte des Vormannes und jenem des Successors auch er behauptet. Ueber die Annahme dieser Identität geht aber die herrschende Anschauung in der That auch nicht hinaus. Das concrete Recht hält wohl jeder Jurist für eine, einem concreten Subjecte inhärirende Möglichkeit einer bestimmten Willensthätigkeit; in der Person eines andern Subjectes muß, selbst wenn alle andern Momente des Rechtes gleichbleibend gedacht würden, ein anderes concretes Recht entstehen. Die Identität des Rechtsinhaltes erschöpft übrigens das Wesen der S.-S. keineswegs, sondern es gehört dazu noch das, daß der Uebergang des Rechtes oder Rechtsinhaltes von dem Auctor auf den Nachmann durch deren beiderseitigen Willen, oder doch sonst, durch

Digitized by Google

ein besonderes juristisches Verhältniß, in dem sie zu einander stehen, vermittelt werde.

Im §. 18 bemüht sich der Verf. den neu gewonnenen Begriff mit anderen „Phänomenen" zu vergleichen, wobei besonders viel Gewicht auf die den röm. Juristen eigenthümliche Anschauung der Specification gelegt wird. Auch hier sey Identität des Stoffes bei eintretender Formänderung vorhanden; letztere bewirke, daß die specificirte Sache als eine andere gelte, und ziehe darum den Eigenthumswechsel nach sich. — K. drückt sich S. 66 über die Specification in einer Weise aus, daß man glauben könnte, er halte sie für eine sog. abgeleitete Erwerbungsart.

Im §. 19 will K. eine ansehnliche Menge von Quellentexten, welche, von der S.-S. redend, den dabei stattfindenden Vorgang doch nur mit beiläufigen, häufig wechselnden Ausdrücken bezeichnen, zu Gunsten seiner neuen Formulirung des Begriffes der S.-S. deuten, und protestirt zum Schlusse gegen die übliche Coordinirung der Universal-Succession und Singular-Succession unter dem gemeinsamen Gattungsbegriffe Succession. Beide Begriffe sollen nur einen äußeren Zusammenhang in den gemeinschaftlichen Merkmalen der Identität des Rechtsobjectes haben, der wesentliche Unterschied aber soll darin liegen, daß bei der U.-S. wirklich eine Uebertragung des Rechtes selbst stattfinde, bei der S.-S. nur der Gegenstand des Rechtes übergehe. Hier darf man wohl fragen, wie die behauptete Identität des Rechtes im Falle der U.-S. mit dem stimme, was K. S. 269 f. und 331 vorbringt. — S. 270 heißt es: „Auch im Erben ist, strenge genommen, eine Stammobligation des Erblassers, und eine Zweigobligation des Erben zu sondern", und S. 331 — „in anderen Fällen der U.-S." .. (bonorum sectio etc.) .. „erwirbt der Nachfolger eine Zweigobligation, während die Stammobligation als naturalis bestehen bleibt." (?) Ueber die „Zweigobligation" wird der weitere Verlauf dieser Anzeige Aufschluß geben.

In §. 20 bemüht sich K., die „civilistische Formel" für die Unstatthaftigkeit der S.-S. bei Obligationen aufzufinden, und gibt diese Formel dahin an: Identität des Objectes ist bei der S.-S. wesentlich, das Object der Obligation läßt sich, ohne Zerstörung derselben, von den Personen nicht trennen, zwischen welchen die Obligation entstanden ist, mithin ist S.-S. in Obligationen nicht

Digitized by Google

denkbar. — Die Argumentation iſt richtig, aber nicht neu. — Der Zweck der Obligation iſt allerdings nicht von vornherein ſchon bloß auf das Vermögensintereſſe des Gläubigers im allgemeinen gerichtet, ſondern auf die Befriedigung eines ſpeciellen, durch die Leiſtung des Schuldners zu erfüllenden Intereſſe des Gläubigers. Nur wenn jenes der Fall wäre, die Obligation alſo in ihrer Entſtehung darauf abzielen würde, die Summe des Vermögens des Creditor überhaupt um den Werth der geſchuldeten Handlung zu vermehren, müßte dem Gläubiger mit der Obligation auch die Macht entſtehen, ſein Vermögensintereſſe durch beliebige andere rechtliche Dispoſitionen über die Handlung des Schuldners, außer der Leiſtung derſelben an ſich, zu befriedigen. Allein nachträglich entſteht oft ein ſolches Intereſſe des Gläubigers, und deßwegen muß das (objective) Recht dem Verkehr zu Hülfe kommen, auf eine Weiſe, durch welche der Schuldner in keine ſchlimmere Lage geräth, als er dem urſprünglichen Gläubiger gegenüber ſich befand. Kann doch auch der Uebergang der Obligationen durch Univerſal-Succeſſion nur durch das (objective) Recht vermittelt werden. Wie das Inſtitut der Ceſſion im r. R. ſich herausgebildet, iſt bekannt, und es gibt Stellen im corpus juris, welche darauf hindeuten, daß im ſpäteren r. R. der Ceſſionar nicht mehr als bloßer Stellvertreter des Cedenten angeſehen werde. (Arndts Pandecten. 2. Aufl. 8. München 1855. §. 254. S. 378. Anm. 4.) Jedenfalls iſt aber ſelbſt der Gedanke der röm. procuratio in rem suam ein natürlicherer und geſünderer als der einer Zweigobligation (acceſſoriſchen Correalobligation) in der Perſon des Ceſſionars, welchen Gedanken K. ſpäter durchführen will.

Im dritten Abſchnitte ſtellt K. zuerſt in den §§. 30—32 die bisherige Auffaſſung der Correalobligation, dann in §. 33 jene der Novation dar, und erklärt ſich in beiden Beziehungen gegen die herrſchende Theorie. Seine Oppoſition gegen die gemeine Doctrin über das Correalverhältniß lehnt ſich an Rückert und Bekker an. — In den §§. 34—36 wird vom Gegenſtande und vom Vermögensſtoffe der Obligation gehandelt, worauf ich ſchon früher Bedacht genommen habe.

Rückſichtlich der Correalobligation bemerkt K. (S. 119) daß er die Obligation, als Herrſchaft über individuelle Handlungen des Schuldners, in ihrem Beſtande den Subjecten gegenüber un-

Digitized by Google

möglich so frei und selbstständig auffassen könne, um die Einheit oder Mehrheit des Subjectes auf einer Seite, oder auf beiden Seiten der Obligation als ein gleichgültiges Moment anzusehen, und die Möglichkeit der Hereinziehung mehrerer Subjecte in eine Obligation anzunehmen. — K. sieht in der Correalobligation eine Mehrheit von Obligationen bei Identität des Vermögensstoffes (S. 125), während die alternative Obligation Einheit der O. bei electiver Mehrheit der Vermögensstoffe ist. — Dieses Wesen der C. O. sucht K. in den §§. 37—57 auszuführen, und man muß, wenn man auch, gleich mir, mit K's. Theorie der C. O. und ihrer Begründung nicht einverstanden ist, doch gewiß anerkennen, daß diese §§. durch Schärfe, Klarheit und fleißige Benützung der Quellen sich auszeichnen.

Ich will zuerst K's. Beleuchtung der für die herrschende Theorie beigebrachten Quellenzeugnisse prüfen. Diese Stellen sind bekanntlich pr. Inst. de duob. reis (III. 17) — L. 116 D. de verb. obl. (XLV. 1). L. 16 D. de accept. (XLVI. 4.) — L. 34 §. 1 D. de sol. et lib. (XLVI. 3.) — L. 71 D. de fidejus. (XLVI. 1) — L. 3 D. de duob. reis. (XLV. 2.) und c. 5. Cod. de duob. reis. (VIII. 40). — K. sucht sich gegen die Aussprüche dieser Gesetze dadurch zu helfen, daß er das daselbst vorkommende Wort obligatio lediglich auf den Entstehungsgrund der Obligation bezieht, wofür er freilich keinen andern Grund anführen kann, als den, daß obligatio wohl auch in manchen Stellen zur Bezeichnung des Entstehungsgrundes der Obligation gebraucht wird. — Nur in Ansehung der L. 3 §. 1 D. de duob. reis meint K. (nach Rückerts Vorgange) schon aus rein logischen Gründen beweisen zu können, daß obligatio den Entstehungsgrund der O. bezeichne. Dort sagt Ulpian: «utique quum una sit obligatio, una et summa est.» Ulpian, meint K., leite die Identität des Inhaltes ganz einfach und natürlich aus der Einheit des Sponsionsactes ab, durch den die C. O. entsteht; aus der Einheit der Obligation (des Rechtsverhältnisses) könne jene Identität hingegen nicht abgeleitet werden, da diese Einheit, welche doch erst zu begründen gewesen wäre, nur durch die Identität des Inhaltes, worauf die Vertragsabsicht gerichtet, bewiesen werden könnte. — Dieses Argument überzeugt mich jedoch keineswegs. Die Einheit der Obligation aus der Identität des Inhaltes zu begründen, kann Ulpian wohl nicht zugemuthet werden, weil ungeachtet solcher Identität doch eine Mehr-

Digitized by Google

heit von Obligationen beſtehen kann, wie bei den Solidar-O. der Fall iſt. Aus der Einheit der O. aber die Einheit des Inhaltes zu begründen, iſt ganz folgerichtig, da bei dem Vorhandenſeyn der erſteren das Gegentheil der letzteren nicht gedacht werden kann. Auch hatte Ulpian hier gar nicht die Aufgabe die Einheit der O. zu begründen, ſondern nur jene Sätze, welche er eben vortrug, und die zunächſt ſchon aus der Identität des Inhaltes gerechtfertiget erſcheinen, welche ſich wieder aus der in der Abſicht der Parteien gelegenen Einheit der O ergibt. — Mit der c. 5 Cod. de duob. reis weiß K. nicht recht fertig zu werden. Er begnügt ſich, zu erinnern, dieſe Stelle beweiſe durch den wiederholten Gebrauch des Wortes contractus, daß ihre Verfaſſer an der äußeren Erſcheinung der Stipulation hängen geblieben; auch laſſe ſich in den Controverſen des 6ten Jahrh. (50 decis.) keine klare Einſicht in die feineren Fragen der Civiliſtik erwarten, und man müſſe ſich hüten, bei Principienfragen den einzelnen Aeußerungen im Codex zu viel Terrain zu gönnen. — Gegen L. 71 D. «de iudej.: „duo rei ejusdem debiti» führt K. an, daß Paulus nicht einmal „äußerlich" von der Einheit der O. rede, indem debitum regelmäßig den Inhalt der O. bedeute. — Müßte man nun K. auch zugeben, daß Paulus mit dieſen Worten nur den Inhalt der O. bezeichne, die Einheit derſelben aber unberückſichtigt laſſe, ſo würde daraus doch gegen die herrſchende Theorie nur ſo viel folgen, daß ihr eine Beweisſtelle entgehe.

Dagegen berückſichtiget K. folgende Stellen nicht: 1) L. 2 Dig. de duob. r. (Javolen.) .... «tota obligatio". — 2) L. 19 eod. (Pomp.) .... «persona liberatur, manente obligatione.» (Bei Annahme einer Mehrheit von O. im Correalverhältniſſe hätte die Fortdauer der Obligation deſſen, der eine capitis deminutio nicht erleidet, wohl von ſelbſt ſich verſtanden.) 3) §. 1 Inst. de duob. r. .... «obligatio omnium.» — 4) L. 62 Dig. ad legem Falcid. (XXXV. 2) ... (Ulpian) .. S. Wangerow Pandecten III. §. 573 Anm. 3 Nro. 2. — 5) L. 13 Dig. de duob. r. (Venulejus) .... «duas species obligationis sustinet.« cf. Scaevola L. 98 pr. D. de solutt.

K. macht gegen die für die herrſchende Theorie citirten Quellentexte auch das noch geltend, daß das in denſelben vorkommende Wort obligatio eben ſo gut den Inhalt der O. bezeichnen könne,

Digitized by Google

wie es zur Bezeichnung dieſes Begriffes in anderen Geſetzen gebraucht wird. Durch dieſe Einwendung ſoll die gangbare Auslegung jener Stellen, wenn auch nicht widerlegt, ſo doch unſicher gemacht werden. K. iſt aber den Beweis ſchuldig geblieben, daß in allen jenen Stellen ſeine Interpretation des Wortes obligatio möglich ſey; ja dieſer Beweis kann gar nicht geführt werden. So kann z. B. in L. 2 D. de duob. reis, L. 16 D. de accept., L. 34 §. 1 D. de solutt., *obligatio* unmöglich den Inhalt der O. bezeichnen. Von den anderen Stellen, in denen obligatio den Inhalt der Obligation bezeichnen ſoll, führt K. an L. 3 D. de cond. ind. (XII. 6) und, mit beſonderem Nachdrucke, Gajus L. 1 §. 8. Dig. de obl. et act. (XLIV. 7): «Et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui *eadem obligatione* tenentur, dum curamus, ut, *quod in obligationem deduximus*, tutius nobis debeatur.» Man mag den Ausdruck: quod in obl. ded. wenden wie man will, ſo wird man doch unter obligatio die O. ſelbſt, das Rechtsverhältniß verſtehen müſſen, welches durch das quod deducitur ſeinen beſtimmten Inhalt erſt bekömmt; es könnte alſo nur das vorher ſtehende «obligationes» auf den Inhalt der O. bezogen werden, wornach man annehmen müſſe, daß Gajus in unmittelbarer Aufeinanderfolge das Wort obligatio in zwei verſchiedenen Bedeutungen gebraucht habe, was wohl auch dann nicht anginge, wenn ſelbſt die Worte obligatione tenentur, an ſich, eine Beziehung auf etwas anderes als die durch das Rechtsverhältniß gegebene Verpflichtung zuließen.

Nimmt man nach dem Vorangeſchickten mit mir an, daß K. das Gewicht der für die herrſchende Theorie ſprechenden Quellentexte nicht zu beſeitigen vermochte, ſo dürfte es auch nicht ſchwer fallen, den von K. (§. 39) als unmittelbare Belege für ſeine Theorie beigebrachten Citaten ihren rechten Platz anzuweiſen. — L. 9 §. 2. D. de duob. r. kann im Zuſammenhange mit den früher vertheidigten Hauptſtellen nur von der Mehrheit der ſubjectiven Beziehungen der Schuldner zur Obligation verſtanden werden. (S. auch Arndts a. a. O. S. 308. Heimbach, Rechtslex. VII. S. 448. Schröter in d. Zeitſchr. f. Civ.R. u. Proceß VI. S. 410). Was Ulpian L. 5 D. de fidej. (und die ziemlich ähnlich lautende L. 13 D. de duob. reis) betrifft, ſo legt K. ein beſonderes Gewicht darauf, daß Ulp. am Schluſſe ſagt: Plane,

Digitized by Google

si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet, quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur. Daß Ulpian hier die durch Einklagung der „einen" Obligation nach claſſiſchem Rechte eintretende Conſumtion der „andern" (um mit K. zu reden), nicht aus der Einheit des Correalbandes begründet, iſt allerdings richtig. Ulp. gibt eigentlich gar keinen Grund für dieſe Erſcheinung an; aber er ſtellt letztere doch nicht, wie K. annimmt, ſchlechtweg als eine, nicht weiter zu erklärende, Eigenthümlichkeit des Correalitätsverhältniſſes hin, er deutet durch das Wort natura oblig. vielmehr darauf hin, daß dieſe eigenthümliche Erſcheinung aus einem höheren Satze folge, der im Weſen der C.-O. liegt. In der Identität des Gegenſtandes kann dieſer Grund nicht liegen, weil bei den Solidarobligationen die proceſſualiſche Conſumtion die gleiche Wirkung nicht hervorbringt, wie von andern genügend nachgewieſen wurde. Alſo bleibt nur die Einheit der Obligatio mit einer Mehrheit ſubjectiver Beziehungen als Grund jener Eigenthümlichkeit über, woraus ſich auch der Ausdruck duas species obligationis allein erklären läßt. Anlangend die L. 31 §. 1 D. de novatt., muß ich bemerken, daß nach meinem Dafürhalten alle aus der Faſſung dieſer Stelle gegen die herrſchende Theorie etwa herzuholenden Einwendungen ſchon deßhalb wegfallen müſſen, weil gerade die eigenthümliche Wirkung der Novation im Correalitätsverhältniſſe einen der ſchlagendſten Beweisgründe für jene Theorie enthält; wie denn auch bei den Silidar-O. dieſe Wirkung der Novation nicht eintritt. (c. 1. Cod. de transact. II. 4.) Endlich kann auch L. 3 pr. Dig. de duob. reis für K's. Anſicht nicht geltend gemacht werden; Ulp. drückt ſich dort freilich nicht ſo aus, daß er wörtlich von der Einheit der O. ſpräche, aber er legt, und dieß ſcheint mir beſonders entſcheidend zu ſeyn, das Hauptgewicht auf die Intention der Parteien, welche ein Correalverhältniß begründen wollen, und ich kann daher die Ausdrücke pristina obl. und sequens obl. nur von der Beziehung der mehreren Schuldner auf die O. verſtehen. (S. Ribbentrop S. 113 f. Savigny Obl.-R. I. S. 146 f.) — Sieht man ſchließlich auf die S. 159 von K. citirten Stellen, ſo muß man zwar zugeben, daß in denſelben rückſichtlich der Obligationen, von welchen ſie ſprechen, nur das Moment der Identität

Digitized by Google

des Inhaltes hervorgehoben wird, allein K. hätte noch nachzuweiſen, daß die Autoren jener Stellen das erwähnte Moment als das die Subſtanz der C.-O., mit Ausſchluß der Einheit der O. charakteriſirende angeſehen, und es aus dieſem Grunde allein hervorgehoben hätten.

Auf S. 160 führt K. noch zwei, nach ſeiner Meinung, ſchlagende Argumente für die neue Theorie an. Erſtens: „die acceſſ. Obligation des Bürgen ſteht zur Obl. des Hauptſchuldners im Correalverhältniſſe (K. S. 236 f. — Keller Litiscontestation S. 450. Ribbentrop S. 107 f.); dieſes begreift daher weſentlich eine Mehrheit von Obligationen in ſich.“ — Dieſes Argument iſt wohl ſehr ſcheinbar, aber doch nicht ſtichhaltig. Denn der Bürge des alten Rechts iſt ein Principalſchuldner, im juſt. Rechte aber iſt er nicht mehr correaliter verpflichtet. (Paul. recept. sent. II. 17. §. 16. Gajus III. §§. 180, 181. §§. 3, 5, 19, 21. Cod. de fidej. VIII. 40. — Nov. 4. c. 1.) War auch im ſpäteren Rechte die Einheit des Stipulationsactes zur Begründung der C.-O. entſchieden nicht erforderlich (L. 7. §. 9 Dig. de duob. reis), ſo ſcheint ſie doch urſprünglich als weſentlich gegolten zu haben; zum mindeſten wurde ſie regelmäßig eingehalten. Die Einheit des Stip.-Actes führte natürlich zur Auffaſſung der O. als einer einheitlichen, und dieſe Auffaſſung erhielt ſich. Denn entſpricht auch die ältere Behandlung der fidejussio. Soll jemand als Nebenſchuldner die Verbindlichkeit des Hauptſchuldners auf ſich nehmen, ſo muß man ihn in das principale Obligationsverhältniß eintreten laſſen, ſeine O. als mit der des Hauptſchuldners identiſch behandeln. (S. auch Buchka, Einfluß des Proceſſes ꝛc. I. S. 104 f. Savigny l. c. S. 147.) Doch machte ſich allerdings die beſondere Tendenz der Bürgſchaft mitunter in bezüglichen Rechtsſätzen geltend. (S. auch Girtanner, Bürgſchaft. S. 39 f.)

Zweitens: „Correalſchuldner können ſich für einander wechſelſeitig verbürgen (L. 11 D. de duob. r.), folglich muß eine Mehrheit von Obligationen im Correal-Verhältniſſe liegen, weil man ſich für ſeine eigene Schuld nicht verbürgen kann.“ Auch dieſes Argument halte ich nicht für ſchlagend. Diejenigen, welche mit Brinz, krit. Bl. Nro. 4 S. 35 annehmen, daß eine gegenſeitige Verbürgung von Correalſchuldnern überhaupt nicht vorgekommen

Digitized by Google

sey, müssen diesem Argumente von vornherein alle Bedeutung absprechen. Wenn man aber auch wegen L. 11. Dig. de duob. r. Nov. 99 c. 1. etc. die Möglichkeit solcher Verbürgung annimmt, so folgt daraus doch nichts gegen die objective Einheit der C.-O. (S. übrigens wegen L. 11 D. cit., Savigny a. a. O. S. 269). Die Sache verhält sich nämlich so. Die Bürgschaft, welche ein correus für den anderen leistet, hat einzig in der Richtung eine juristische Bedeutung, daß der correus aus seiner Bürgschaft auch für solche Accessionen der Hauptschuld haftet, welche in der Person des correus, für den er sich verbürgte, entstanden sind, für welche er als bloßer correus nicht einstehen müßte). L. 54 pr. D. locat. XIX. 2. — L. 24 §. 1 D. de usuris XXII. 1. — L. L. 49. 88. 91. §. 4 D. de verb. obl. XLV. 1. — L. 48 D. de fidej. XLVI. 1.), oder daß er durch die Verbürgung die primitiven Eigenthümlichkeiten der subjectiven Beziehung des anderen correus zur O. nunmehr in das Bereich seiner Haftung zieht. Dafür verbürgt sich der correus, nicht aber für das Principale, die C.-Obligation. Es liegt sonach kein Grund vor, welcher nöthigen würde, bei Annahme der Zulässigkeit einer Verbürgung der correi für einander, die Einheit der O. aufzugeben. — Das durch Nov. 99 c. 1. (welche ich mit Savigny a. a. O. S. 279 ff. auslege) eingeführte Verfahren, eine rein willkürliche Anordnung Justinians, berührt unsere Frage gar nicht. —

K. beruft sich in §. 37 (S. 148 ff.) auch darauf, daß die mora des einen correus den übrigen nicht schade. (L. 32 §. 4 Dig. de usuris.) Dieser Satz soll der herrschenden Theorie geradezu widersprechen, und K's. Auffassung der C.-Obligation bestätigen. Ribbentrop (S. 28 ff.) erklärt denselben aus dem Umstande, daß die mora eine Interpellation des Schuldners durch den Gläubiger, also eine Thätigkeit des letzteren voraussetze, durch welche eine besondere subjective Beziehung zwischen dem Gläubiger und dem Eingemahnten begründet werde. K. hält diese Erklärung deßhalb für ungenügend, weil die mora in manchen Fällen auch ohne Interpellation eintrete. Allein, mit Ausnahme der Delictsfälle, welche mit der C.-O. nichts zu schaffen haben, und der mora ex die ist eine Interpellation nur bei Abwesenheit des Schuldners nicht erforderlich, um denselben in moram zu versetzen, in welch letzterem Falle aber auch eine gewisse Thätigkeit des

Digitized by Google

Gläubigers eintreten muß. (Mommſen, Beiträge z. Oblig.-R. III. S. 73 ff. 280.). Hat der Gläubiger die ihm obliegende Thätigkeit einzelnen correis gegenüber unterlaſſen, ſo kann dieſe ſeine Unterlaſſung ihnen nicht nachtheilig ſeyn. — Nimmt man die Geltung des Satzes dies interpellat pro homine an (was aber Mommſen a. a. O. S. 80 ff nicht thut, obſchon er einräumt, daß die Sache nach den Quellen zweifelhaft ſey), ſo werden wohl, wie K. ſelbſt S. 150 ſagt, wenn überhaupt eine mora eintritt, regelmäßig alle correi in mora ſeyn, d. h. dieſer Fall bietet keinen Anhaltspunkt für Ks. Theorie. — K. meint aber, wenigſtens dann, wenn die mora an den Eintritt des dies geknüpft iſt, und ein correus wegen eines pactum de non petendo temporale augenblicklich nicht zahlungspflichtig iſt, könne Ribbentrop's Erklärung nicht durchgeführt werden. Allein K. ſcheint zu überſehen, daß die interpellatio, welche durch den Eintritt des Zahlungstermines geſchieht, ganz die Stelle der interpellatio durch den Gläubiger vertrete, und deßwegen gerade ſo, wie dieſe zu beurtheilen ſey. Iſt ein correus durch ein pactum de non petendo für ſeine Perſon zeitlich geſchützt, ſo kann ihn der Eintritt des dies ebenſowenig berühren, als ihn in den gewöhnlichen Fällen die interpellatio des Gläubigers berührt, welche nicht gegen ihn, ſondern gegen einen andern correus gerichtet iſt. — Im §. 38 behauptet K. gegen die herrſchende Theorie, und ungeachtet der bekannten L. 18 Dig. de duob. r. . . (Pomp.) . . «Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet,» daß die culpa des einen correus den anderen nicht ſchade. Dieſe Behauptung iſt nicht neu; Girtanner, Wolff u. a. haben ſie bereits vertheidiget. K. muß ſie zum Beſten ſeiner Theorie der C.-O. feſthalten. Es beſteht aber, wie auch Madai (mora S. 447) ausführt, keine Nothwendigkeit, von der mora auf die culpa zu ſchließen; denn die auf das Object und den Inhalt der O. gerichtete Handlung eines correus muß auch die anderen verpflichten, ſie iſt nicht eine bloß ſubjective Beziehung des Schuldners zum Gläubiger, wie die Mora. — K's Verſuche, die cit. L. 11 D. de duob. r. in der Weiſe zu emendiren, daß ſtatt quoque entweder: nequaquam oder: non geleſen, oder ſtatt promittendi das Wort stipulandi geſetzt werde (S. 155 Note 9), ſind daher nicht gerechtfertigt. — Daß die culpa des

Digitized by Google

fidejussor dem Principalschuldner nicht schade, erklärt Ribbentrop (S. 32) dadurch, daß die Bürgschaft ihren accessorischen Charakter doch nicht ganz verläugnet habe. K. (S. 153) stellt sich mit dieser Erklärung nicht zufrieden, weil die Accessionsqualität der Bürgschaft zunächst nicht in Frage käme, wenn das Wesen der Correalität Einheit der O. mit sich brächte. — Nach meinem Dafürhalten kann es aber nicht befremden, daß der Zweck der Bürgschaft, ungeachtet der eigenthümlichen Behandlung, welche sie im älteren Rechte erfuhr, nicht außer Acht gelassen wurde, und zu besonderen Sätzen führte, welche das gewöhnliche Correalverhältniß nicht berühren.

Die §§. 41 und 42 handeln von der Begründung des Correalbandes, §§. 43 — 53 von der Aufhebung desselben. K's Hauptgrundsatz über die Wirkung der Liberationsgründe lautet so: „Alle Liberationsgründe, welche den Inhalt der Obligation ergreifen, sie mögen sich in der Person des einen oder des andern correus ereignen, entkräften sämmtliche Obligationen, während Liberationsgründe, welche den Inhalt der O. nicht ergreifen, ihre Wirkung auch nur auf jene der mehreren im C.-Bande liegenden O. erstrecken, auf welche sie ihrer Natur nach sich beziehen". — Die solutio im Sinne der Erfüllung dessen, was eigentlich den Inhalt der O. ausmacht, sey natürlich zuerst in den Quellen als Liberationsgrund anerkannt gewesen, und bilde den Generaltypus für alle anderen Fälle der Liberation. Diese bewegen sich um die Solutio, sagt K., wie um ihre Axe herum, und bewirken die Aufhebung aller Obligationen des C.-Bandes nur deßwegen, weil die Juristen sie unter dem Gesichtspunkte der solutio auffassen; sie bringen daher ihre aufhebende Kraft von außen zu dem C.-Bande hinzu, ohne daß die Natur dieses Bandes etwas dazu beiträgt.

Ich kann aber auch in diesem Punkte mit K. nicht einverstanden seyn. Daß Thatsachen, welche eine Befriedigung des Gläubigers auf anderem Wege, als durch eigentliche solutio, herbeiführen, mit dieser auf eine Linie gestellt werden, ist ganz natürlich, weil sie, ungeachtet ihres von der solutio verschiedenen Inhaltes doch demselben Zwecke dienen, wie diese. Fehlt aber die Identität dieses Zweckes, so kann die Zusammenstellung solcher Thatsachen mit der solutio nicht auf innerer Verwandtschaft beider, sondern lediglich nur auf der Gemeinschaftlichkeit des Erfolges beruhen, und es muß die aufhebende Kraft solcher Thatsachen in

Digitized by Google

einem beſonderen, von dem die Wirkung der solutio conſtituirenden Momente, verſchiedenen Merkmale liegen. Auch das kann nicht zugeſtanden werden, daß bei der Aufhebung einer O. durch irgend welche Thatſache die Natur der O. ganz unbetheiligt ſey; die Natur der O. und jene der äußerlich hinzutretenden Thatſache ſind die beiden weſentlichen Factoren, welche die Aufhebung der O. zum Reſultate haben. Warum heben nicht alle unter den Geſichtspunkt der solutio fallenden Liberationsgründe auch die Solidar-O. auf? In eine eigenthümliche Schwierigkeit wird K. übrigens bei der confusio (§. 51) durch die in den Quellen enthaltene Zuſammenſtellung derſelben mit der solutio verwickelt, wie ſich ſpäter ergeben wird.

Ich hebe folgendes im einzelnen heraus. Was die Novation betrifft, ſo leiten die Quellen die aufhebende Kraft der Nov., welche allen correis gegenüber wirkt, keineswegs ausſchließlich oder auch nur vorzüglich von dem Umſtande ab, daß die Novation pro solutione ſey. In der dießfälligen Hauptſtelle L. 31. §. 1. Dig. de novatt. (XLVI. 2) ſagt ja Venuleius ausdrücklich: „Secundum quae, si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, quum id specialiter agit, eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus“. Der Stipulationscharakter der Novation wird alſo von dem Juriſten wohl als ein unterſtützender Grund für die Richtigkeit des Satzes angeführt, daß die Wirkung der Novation im Correalverhältniſſe nicht auf denjenigen correus ſich beſchränke, in deſſen Perſon ſie ſich ereignet; als Hauptgrund wird aber die Intention der Novirenden betont, welche auf die Aufhebung der alten Obligation gerichtet iſt. Die Richtung dieſer Abſicht und die im Gefolge der ſohin errichteten Novation eintretende Wirkung weiſen doch offenbar auf die Einheit der O. hin. — Demnach kann auch die Wirkung der Litis-Conteſtation im claſſiſchen Rechte keine Schwierigkeiten bereiten, weil dort die L.-C. eine wahre Novation enthält. (Keller a. a. O. S. 87 ff). —

Die Wirkung des constitutum beſpricht K. ausführlich im §. 48. (S. 196 — 206) Er ſucht die L. 10 D. de const. pec. (XIII. 5) dadurch zu erklären, daß er das constitutum als eine prätoriſche Novation definirt. Das constitutum hebe zwar die alte Obl. nicht ganz auf, ſeine ſpecifiſche causa liege

Digitized by Google

aber auch nicht in der Bestärkung der alten O. Diese werde jure honorario consumirt, und nur jure civili bestehe sie fort. Das constitutum wirke daher aufhebend bei der passiven C.-O. ebenso wie bei der activen. — Eine genaue Untersuchung über die Natur des constitutum würde mich hier zu weit abführen. — Wäre das c. auch wirklich eine Novation, so würde daraus gegen die herrschende Theorie von der Einheit der C.-O. doch nichts abgeleitet werden können. — Uebrigens halte ich dafür, daß durch das constitutum die alte O. nicht aufgehoben werde. (S. insb. L. 18. §. 3. L. 28. Dig. de pec. const. — L. ult. cod. — L. 15. D. de in rem. verso XV. 3. Glück, Pandekten XIII. 394. f. Heimbach im Rechtslex. III. S. 45). Speciell spricht gegen K.'s Annahme: daß die alte O. jure honorario consumirt, jure civili aufrecht erhalten werde, — die in L. 1. §. 8. de pec. const. angedeutete Möglichkeit, eine obl. hon. zu constituiren; sollte in diesem Falle die alte obl. hon. etwa jure civili aufrecht bleiben?

Die Frage nach der Wirkung der res judicata auf die im Processe nicht betheiligten correi erhält erst im Just. Recht durch die c. 28 Cod. de fidej. VIII. 41. eine Bedeutung, während sie im classischen Rechte durch den oben erwähnten Satz über die Wirkung der Litis-Contestation bereits entschieden war. — K. meint, daß das Urtheil gegen oder für einen correus die übrigen nicht berühre, weil dasselbe stets nur inter partes wirke. Savigny hält sich (l. l. S. 189 f.) an die Zusammenstellung des Urtheils mit dem Eide (L. 42 §. 3. L. 27, 28 Dig. de jurej. XII. 2. L. 1. §. 3. D. quar. rer. act. XLIV. 5. — S. auch die von K. S. 212. cit. Stell.) und folgert daraus, daß das freisprechende Urtheil allen correis debendi nütze und gegen alle correi credendi wirke, das verurtheilende Erkenntniß aber weder den anderen corr. debendi schade, noch den übrigen corr. credendi Vortheil bringe. — K. gibt die Gleichstellung der res judicata mit dem Eide nicht zu. Der Eid besitze jene consumirende Kraft nur insoferne, als er eine novatio enthält, welche aus der vorausgehenden vergleichartigen Vereinbarung der Parteien auf die Ableistung des Eides folgt. Der res judicata aber sey dieses Moment fremd. — Ich halte die Entscheidung der obigen Frage aus der Analogie der res jud. mit dem Eide gleichfalls nicht für zulässig, und glaube vielmehr, diese Frage also lösen zu müssen.

Digitized by Google

Im juſtin. Recht wird die alte Obl. durch die L.-C. nicht mehr conſumirt, ihre Fortdauer hängt vielmehr von dem Inhalte des Urtheils ab. Bei der C.-O. muß die L.-C. daher die Wirkung haben, daß das Verhältniß aller Betheiligten zur Obl. von dem Inhalte der Sentenz abhängig gemacht wird. Wird der Kläger ſachfällig aus einem rückſichtlich aller correi wirkenden Grunde, ſo muß das Urtheil allſeitig wirken (anders wenn jener Grund nur eine ſubjective Beziehung hat). Wird der Beklagte aber verurtheilt, ſo muß, da die Obl. durch die L.-C. gegen die anderen correi nicht erliſcht, und c. 28. C. de fidej. überdieß ihre Haftung bis zur Befriedigung des Gläubigers ausſpricht, die Klage wider die anderen correi erhalten bleiben, um ſo mehr als die actio jud. nur wider den Verurtheilten geht. (Buchka l. l. II. §§. 12, 13).

Rückſichtlich der confusio ſagt K. (§. 51 S. 217 f.), daß, wenn man ſelbe, wie in den Quellen wohl auch geſchieht, mit der solutio unter einen Geſichtspunkt ſtellt, ihre Wirkung eigentlich für und gegen alle correi ſich erſtrecken ſollte. Paul. L. 71. pr. D. de fidej. entſcheidet jedoch anders. Der Solutionscharakter der confusio ſchlägt alſo hier nicht durch. Um nun dem Einwande zu begegnen, daß andere Liberationsgründe, deren Wirkung im C.-Bande eine allſeitige iſt, und welche in den Quellen mit der solutio verglichen werden, ihre das C.-Band löſende Kraft einem anderen Momente als der Verwandtſchaft mit der solutio verdanken, bemüht ſich K. zu beweiſen, daß die römiſche Theorie der confusio ſich lediglich unter dem Einfluſſe äußerlicher und praktiſcher Motive geſtaltete, und daß man die Fiction der solutio nur dort anwandte, wo ſie zweckmäßig erſchienen ſey (S. 221), wofür ſie in unſerem Falle nicht gehalten worden. — Die Sache ſcheint mir aber weit einfacher zu ſeyn. Die confusio tilgt die Obl., weil ſie ein weſentliches Merkmal des Beſtandes der letzteren, den Dualismus der Perſon des Gläubigers und des Schuldners beſeitigt. Tritt die confusio nur in der Perſon eines correus ein, ſo wird die Erfüllung der Obl. nicht objectiv unmöglich, das C.-Band beſteht daher fort.

Die Solidarobligationen ſieht K. (§. 54) als bloße Ausnahmen von dem Correalitäts-Princip an. Im heutigen Rechte ſoll übrigens jeder Unterſchied zwiſchen beiden Claſſen von O. ver-

Digitized by Google

schwunden seyn, weil die formalen Solutionsarten (in deren Anwendung auf die Lösung des eigentlichen C.-Bandes die Eigenthümlichkeit desselben liegt) im heutigen Rechte nach K's Meinung nicht mehr gelten.

In den §§. 56 und 57 bespricht K. die „accessorischen" C.-Obligationen, und zwar: a) die Bürgschaft; b) die „actiones adjectitiae qualitatis". Ueber die Bürgschaft habe ich mich schon oben ausgesprochen, und muß nur hinzufügen, daß mir eine wahrhaft accessorische C.-Obligation als eine contradictio in adjecto erscheine.

In §§. 58 und 59 kommt K. auf die Novation. Er findet ihr Wesen darin, daß der Vermögensstoff der alten Obligation in eine neue herübergenommen wird, der wesentliche Inhalt der ersteren also unter Veränderung der causa aufrecht erhalten bleibt. Diese Auffassung der Novation ist schon bei Liebe (Stipulation S. 159 f.) (wegen L. 9. §. 2. L. 29. pr. L. 58. Dig. de novatt.) zu finden; die Fassung derselben bei K. erinnert an Walter Röm. Rechtsgesch. II. S. 238 §. 593. (2 A.). Befremden muß es jedenfalls, wie K. bei dieser Auffassung der Novation das constitutum eine Novation nennen kann.

Die §§. 60 — 64 sind der Untersuchung über die Anwendung der Correalität und Novation im heutigen Rechte gewidmet. Durch einfachen Vertrag könne heute formale Correalität nicht begründet werden, weil die Angabe eines speciellen Vertragsgrundes erfordert werde. Verträge müssen daher durch besondere Correal-Nebenverträge befestigt werden, wenn C. entstehen soll. — Einer besonderen Verabredung bedarf es zur Begründung der C. jetzt allerdings, da die Stipulation keine praktische Geltung mehr hat, und die Consensualverträge, deren Princip jetzt das herrschende ist, gerade so wie die Realverträge solcher besonderer Uebereinkunft bedurften, — das pactum de novando sey jetzt giltig, statt der novatio per stipulationem. — Doch scheint dieß schon nach justinianischem Rechte zweifellos zu seyn c. 10 Cod. de contr. stip. (VIII. 38), coll. c. 8. Cod. de novat. (VIII. 42).

Als die wichtigsten Anwendungsfälle der C. und N. im heutigen Rechtsleben führt K. die Ordre- und Inhaber-Papiere an, und begnügt sich rücksichtlich derselben mit Andeutungen, deren

Digitized by Google

Ausführung und Begründung er einer demnächst von ihm zu publicirenden Monographie über diesen Gegenstand vorbehält.

Der vierte Abschnitt handelt von der Stellvertretung bei der Begründung der O., von der Cession und Schuldüberweisung §. 65. — Ich will K's Ansicht, mit Uebergehung der von ihm referirten Ansichten anderer, so kurz als möglich darstellen. „Die Obligation ist von ihrem Entstehungsgrunde nicht trennbar, daher auch nicht von den Personen, zwischen denen sie entsteht. Dem Verkehr kommt es auch gar nicht auf das Object der Obligation an, sondern nur auf den Vermögensstoff. Es handelt sich daher bloß darum, eine Rechtsfigur zu finden, durch welche dieser Stoff auf eine dritte Person hinübergeleitet wird. Dieses muß durch eine Obligation geschehen, deren Subject der dritte ist, die sich an die ursprüngliche Obligation anlehnt, und denselben Vermögensstoff hat, und die Zweigobligation im Gegensatze zur Stammobligation zu nennen ist. — Die Verknüpfung der ersteren mit der letzteren kann durch Universal- oder Singular-Repräsentation erfolgen, deren Grund im Gesetze, in einem Vertrage, oder einer besonderen Thatsache liegen kann". (S. 267 f.).

„Handelt es sich um Stellvertretung bei Begründung von Obligationen, so besteht die Rechtsfigur, durch welche der Vermögensstoff der Obl. auf die Person des Principals transferirt wird, darin, daß der Obl. des Stellvertreters eine Obl. des Principals beigegeben wird, so daß beide Obligationen Einen Vermögensstoff haben, also im Correalbande stehen. Dieses Band ist aber ein qualificirtes; die Obl. des Principals ist abgeleitet aus jener des Stellvertreters, sie ist accessorisch im Verhältniß zur Stammobligation in der Person des letzteren (S. 289 f.). Diese Zweigobligation kann entstehen durch Cession, oder durch Rechtssatz (ein für allemal), endlich auch dadurch, daß die Geltendmachung der Stammobligation abgeschnitten wird, so daß sie jedoch (als naturalis obligatio) bestehen bleibt, was zur Existenz der Zweigobligation unentbehrlich ist" (S. 290). „Letzteres geschieht durch das moderne Gewohnheitsrecht, durch welches dem Bedürfnisse des Verkehrs, aus dem Vertragsabschlusse durch den Stellvertreter unmittelbar (ohne Cession) den Principal und den Dritten obligiren zu lassen, entsprochen wird".

K.'s Meinung geht also, kurz gefaßt, dahin: Aus jedem von

Digitized by Google

dem Bevollmächtigten (ohne Ueberſchreitung der Gränzen ſeines Auftrages) mit einem dritten geſchloſſenen Vertrage kann letzterer entweder den Stellvertreter, oder den Principal actione quasi institoria (L. 19. pr. D. de inst. act. XIV. 3.) nach röm. Recht belangen; nach dem heutigen Gewohnheitsrechte aber entfällt die Klage gegen den Stellvertreter, wenn er nomine des Principals contrahirt hat, es bleibt alſo ſelbſtverſtändlich nur die Klage gegen den Principal. K. legt Gewicht darauf, daß er dieſe wichtige Frage auf ſo einfachem Wege löſe, ohne zu einer durch modernes Gewohnheitsrecht (wie A. annehmen) vermittelten Function der Ceſſion oder der unmittelbaren Begründung der Obligation durch den Principal ſeine Zuflucht zu nehmen. — Hat aber, muß man wohl fragen, K. die Bildung des von ihm, wie erwähnt, formulirten Gewohnheitsrechtsſatzes nachgewieſen?

Dieſer Beweis iſt nirgends zu finden. Daß die Obl. des Principals ganz aus der Obl. des Stellvertreters zu beurtheilen ſey, und namentlich daß im heutigen Rechte jene fünf Sätze ohne weiters gelten, welche K. S. 285 anführt (deren Geltung Dernburg ſchlechtweg in Abrede ſtellt), iſt gleichfalls nicht nachgewieſen. — Was aber die Klage des Principals gegen den Dritten betrifft, ſo iſt nach röm. R. wohl ſo viel gewiß, daß der Principal in allen Fällen eine utilis actio gegen den Dritten hatte, in welchen dieſer mit der quasi institoria actio gegen ihn auftreten konnte (L. 13 §. 25 Dig. de act. emti et v. XIX. 1.), und in einigen anderen beſonders ausgezeichneten Fällen (Mühlenbruch, Ceſſion S. 135 f. Heimbach im Rechts-Lex. VII. S. 26). Nähme man nun auch an, daß die quasi inst. a. dem Dritten in allen Fällen, und nicht bloß in Fällen der L. 19 pr. cit. L. 10 §. 5. D. mandati XVII. 1 L. 13 §. 25. D. XIX. 1.) zuſtand, und daß deßhalb die act. util. des Mandanten generaliſirt werden müſſe, ſo paßt doch die von den act. adj. qual. hergenommene Analogie auf dieſe active Beziehung des Principals zu dem Dritten gar nicht, und man kann daher um ſo weniger mit K. (S. 208 Nr. 2) von einer Zweigobligation mit „Acceſſions- und Correalitäts-Qualität" reden.

Ueber die Ceſſion ſagt K. S. 331 in ähnlicher Weiſe: „Vom Augenblick der die Ceſſion wirkenden Thatſache an iſt der Ceſſionar Correalgläubiger neben dem Cedenten, und es liegt ſofort in ſeiner

Digitized by Google

Macht die Forderung geltend zu machen. Der Schuldner iſt dem Ceſſionar verpflichtet, kraft des eigenen Rechtes desſelben, und er muß ihm zahlen, ſobald der Ceſſionsact conſtatirt iſt. Der Act der denunciatio an den Schulder hat die Bedeutung und Aufgabe, den Subjecten der Stammobligation alle Verfügung, welche zum Nachtheile des acceſſoriſchen Correalgläubigers (Ceſſionars) gereichen könnte, zu entziehen. Die aequitas verlangt, daß dieſe Folge nicht eher eintrete, als bis der Schuldner von dem Ceſſionsacte in Kenntniß geſetzt iſt; darum iſt das Inſtitut der denunciatio ein natürliches Ergebniß der Entwickelung des poſitiven (römiſchen) Rechts. Auch nach der denunciatio bleibt die entkräftete obligatio des Cedenten beſtehen, gleichwie z. B. im r. R. der contrahirende filius familias oder servus naturaliter berechtigt ward, und berechtigt blieb, indem des paterfamilias obligatio als civile (d. h. klagbare) Zweigobligation daneben ſtand". Es bedarf wohl kaum einer beſonderen Hervorhebung, daß dieſe angebliche Correalität im Ceſſionsverhältniſſe weder nach den Beſtimmungen des röm. R. ſich nachweiſen laſſe, noch an und für ſich begründet ſey. — K. hat auch keinerlei Beweis beigebracht. Von den act adj. qual. eine Analogie herzunehmen (S. 301) ſcheint mir ſchon darum ganz unzuläſſig, weil bei letzteren die „Stammobligation" (um mit K. mich auszudrücken) in der Perſon des Repräſentirenden begründet und ſohin auf den Repräſentirten (Gewalthaber oder Auftraggeber) correaliter bezogen wird, die der Ceſſion unterliegende Obl. aber in der Perſon des Gläubigers entſteht, dem der Ceſſionar als „Singular-Repräſentant" erſt nachfolgt. Auch müßte die nach der Denunciation, wie K. ſagt, übrig bleibende naturalis obligatio des Cedenten nicht nur die Wirkungen einer naturalis obligatio haben, ſondern es müßte der Eintritt ſolcher Wirkungen auch einen Einfluß auf die mit ihr, nach K's Meinung, im Correalverbande ſtehende „Schweſterobligation" des Ceſſionars ausüben, weil dieſer Correalverband ſonſt ohne juriſtiſche Bedeutung wäre. Die Zahlung an den Cedenten u. ſ. w. müßte alſo den Ceſſus auch von dem Ceſſionar befreien! — Es erübrigt bei ſolcher Anſicht nichts anderes, als ſeine Zuflucht zu dem modernen Gewohnheitsrechte zu nehmen, und demſelben jene Sätze zu unterſchieben, durch welche die Conſequenzen des falſchen Ausgangspunktes abgeſchnitten werden.

Digitized by Google

Was endlich die Schuldübernahme betrifft, ſo betrachtet ſie K. im weſentlichen unter dem Geſichtspunkte einer „paſſiven Ceſſion“ (S. 333); „zu dem alten Schuldner tritt durch das Factum der Schuldübernahme der Uebernehmer als Correalſchuldner hinzu, ſo jedoch, daß die Verbindlichkeit des erſteren als vollwirkſame fortdauert, wenn der Gläubiger ihn nicht entläßt. Der Uebernehmer muß dafür einſtehen, daß der Urſchuldner nicht in Anſpruch genommen werde“. So ſehr durch dieſe Theorie für das Intereſſe des Gläubigers geſorgt würde, ſo muß doch behauptet werden, daß das bloße Factum der Schuldübernahme, ſowie die Notificirung derſelben an den Gläubiger, geſchähe dieſe ſelbſt durch den Uebernehmer, für ſich allein eine Obligation zwiſchen dem Gläubiger und dem Uebernehmer nicht begründen könne; und daß heute gemeinrechtlich etwas anders gelte, kann weder aus Geſetzen, noch aus einem Gewohnheitsrechte nachgewieſen werden. Die im fünften Abſchnitte verſuchte Syſtematik des Obligationenrechts erſcheint mir in vielen Punkten ſehr gekünſtelt; die Zweigobligationen ſpielen in derſelben, wie zu erwarten, eine große Rolle.

Wien, im März 1855.

Prof. Dr. Joſeph Franz Dworzak.

Digitized by Google

II.

Ueber die neuere französische und belgische Hypothekengesetzgebung.

I.

Die Mängel des französischen Hypothekenrechts. — Die Hypothekarreform. — Der Gesetzentwurf von 1850. — Die französischen Pfandbriefinstitute, der Crédit foncier. — Das Transscriptionsgesetz vom 23 März 1855.

Das napoleonische Civilgesetzbuch hat ungeachtet der Leichtigkeit, mit welcher in Frankreich Gesetze entstehen, nur wenige Veränderungen erlitten. Sehen wir von dem Gesetze von 1816 ab, welches die Ehescheidung aufhob, so hat jederzeit eine gewisse Scheu den Gesetzgeber von durchgreifenden Reformen zurückgehalten. Gegenüber den rasch veränderlichen öffentlichen Zuständen Frankreichs liegt in vielen mit der Rechtssprechung zusammenhängenden Institutionen ein conservatives Element.

Und doch gibt es Theile des Gesetzbuchs, welche der Verbesserung bedürfen. Daß zu diesen Materien in erster Linie das Hypothekenrecht gehöre, wurde nicht erst nach langjähriger Erfahrung, sondern bald nach dem Erscheinen des Gesetzbuchs erkannt*).

Nur einige Punkte sollen hier hervorgehoben werden, in welchen das französische Hypothekenrecht den Anforderungen des Realcredits nicht entspricht. Der Code hat das Princip der Publicität der Hypotheken aufgenommen, ohne es consequent durch-

*) Hua, de la nécessité et des moyens de perfectionner la législation hypothécaire. Paris 1812.

Digitized by Google

zuführen. Denn die gesetzlichen Hypotheken der Frauen, Minderjährigen und Interdicirten sind von der Nothwendigkeit der Eintragung in die Hypothekenbücher befreit; neben den öffentlichen Hypotheken gibt es also noch geheime. Außer den vertragsmäßigen und gesetzlichen kennt der Code noch die gerichtlichen Hypotheken; jedes condemnatorische Urtheil bildet einen zur Eintragung in das Hypothekenbuch geeigneten Titel, so daß auch der chirographarische Gläubiger zu einem hypothekarischen wird, sobald nur die Forderung in einem gerichtlichen Urtheile anerkannt ist. Die Publicität ist auf die Hypotheken beschränkt, zur Uebertragung des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte an Grundstücken ist keine Eintragung in öffentliche Bücher erforderlich; der Eigenthumsübergang wird stillschweigend durch den Vertrag bewirkt, nur die Schenkungen und Substitutionen machen eine Ausnahme.

Die Zahl der Schriften, in welchen die Beseitigung dieser Uebelstände verlangt wurde, ist eine nicht unbeträchtliche. Die französische Hypothekarreform hat eine selbständige Litteratur aufzuweisen, und selten hat die Wissenschaft ein bestimmtes Ziel mit gleicher Consequenz festgehalten. Es waren nicht die Theoretiker allein, welche eine Verbesserung des Hypothekenwesens verlangten, die eifrigsten Anhänger der Hypothekarreform gehörten vielmehr der Praxis an. Der Generalprocurator Dupin hatte im Jahre 1840 die Mängel des bestehenden Systems in einer Rede vor dem Cassationshofe öffentlich gerügt. Gleichwohl ist der Reformbewegung von mancher Seite der Vorwurf gemacht worden, daß sie weniger aus praktischem Bedürfniß als aus einseitigem Festhalten an theoretischen Principien hervorgegangen sey. Man hat dabei übersehen, daß eine Trennung zwischen Rechtstheorie und Praxis in Frankreich entweder überhaupt nicht, oder nur in sehr geringem Maße besteht. Doch ist jener Vorwurf wenigstens nach einer Seite hin nicht unbegründet. Diejenigen irren nämlich, welche die Hebung des hypothekarischen Credits einzig und allein von einer guten Gesetzgebung erwarten. Der Realcredit ist eben so sehr von den ökonomischen und sittlichen Zuständen der Zeiten und Länder abhängig, und die juristische Sicherheit der Hypotheken ist es nicht allein, welche dem Grundbesitzer das erforderliche Capital zuführt.

Die Klagen über das französische Hypothekenwesen sind nicht

Digitized by Google

auf die juristischen Kreise beschränkt geblieben. Auch aus den Kreisen der Grundbesitzer und Capitalisten wurden Stimmen für die Reform laut. Es gibt in Frankreich eine Schrift „Ueber die Gefahren auf Hypotheken zu leihen"; diese Schrift ist nicht widerlegt worden. Ein Preis wurde ausgesetzt für die Angabe derjenigen Mittel, welche den Darleiher vor jenen Gefahren sicher stellen können, allein dieser Preis ist nie gewonnen worden. Es wird behauptet, daß in einigen Gegenden Frankreichs hypothekarische Darlehen nur unter persönlicher Bürgschaft der Notare gegeben werden.

Die Regierung blieb gleichwohl lange Zeit unthätig. Erst unter der Julimonarchie wurde die Hypothekarreform ernstlich begonnen. Im Jahre 1841 wurden der Cassationshof, die Appellationsgerichtshöfe und die Rechtsfacultäten aufgefordert, Gutachten über die Reform im allgemeinen sowie namentlich über einige der wichtigsten Punkte des Hypothekenwesens abzugeben, welche in dem Schreiben des Justizministers hervorgehoben waren. Sämmtliche Gutachten sind im Druck erschienen*). Sie enthalten über viele mit dem Hypothekenrecht zusammenhängende Fragen ein überaus reiches und für alle Länder wichtiges Material. Die Ansichten stimmten zwar im einzelnen nicht überein, doch erklärte sich nur ein einziger Gerichtshof, der Appellhof von Toulouse, gegen die Reform. In dem Gutachten dieses Gerichtshofs wurde sogar gesagt, das Resultat der ganzen Bewegung werde eine vollständige Rehabilitation des bestehenden Systems seyn, eine Prophezeiung, welche erst die neueste Zeit widerlegt hat.

Auf Grundlage der eingegangenen Gutachten sollte ein Gesetzentwurf ausgearbeitet werden. Unter dem Vorsitze Persil's bestand eine Commission, deren Arbeiten jedoch durch die Februarrevolution unterbrochen wurden. Gleichwohl ruhte die Frage nur kurze Zeit. Die neue Regierung legte der Nationalversammlung einen Gesetzentwurf vor, welcher auf den früher begonnenen Arbeiten beruhte. Projet de loi v. 4 April 1850, Moniteur vom 16 April.

---

*) Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont été proposées, publiés par ordre de M. Martin (du Nord), garde des sceaux. Paris 1844. 3 Bde. 8.

Digitized by Google

Der Entwurf griff tief in das bestehende Recht ein, er erfüllte alle Forderungen, welche die Schriftsteller über die Hypothekarreform aufgestellt hatten. Die Uebertragung von Eigenthum und allen dinglichen Rechten an Grundstücken sollte Dritten gegenüber nicht mehr geheim sondern öffentlich durch die Transcription, durch Eintragung des Actes in öffentliche Bücher erfolgen. Die gesetzlichen Hypotheken der Frauen und Minderjährigen waren nicht mehr von der Inscription befreit, die gerichtlichen Hypotheken sowie die zehnjährige Erneuerung der Inscription sollten aufgehoben werden. Specialität der Eintragungen war strenger durchgeführt und die resolutorische Klage des Verkäufers war beschränkt. Der Entwurf enthielt sogar eine sehr kühne Neuerung, er erlaubte die Ausstellung des hypothekarischen Schuldscheins an Ordre und die Cession desselben durch einfaches Indossament. Ueber die Form des Entwurfs mag noch bemerkt werden, daß derselbe nicht als Specialgesetz verkündet werden sollte, er war vielmehr bestimmt an die Stelle des achtzehnten Titels im dritten Buche des Code zu treten, welchem er in der Zählung der Artikel vollständig entsprach.

Die Nationalversammlung trat in die Berathung des Entwurfes ein. Die damalige Verfassung schrieb eine dreimalige Debatte vor. Nachdem am 18 Mai 1850 über den Entwurf ein erschöpfender Bericht von Vatimesnil erstattet worden war, erfolgte die erste Lesung am 15 Juni, die zweite begann am 11 December 1850 und schloß am 21 Februar 1851*). Diese lange Berathung hatte ein sehr unerwartetes Resultat. Von allen Reformen, welche der Gesetzentwurf enthielt, nahm die Versammlung fast nur die Transscription an, die übrigen Vorschläge wurden entweder modificirt oder verworfen. In der Frage der geheimen Hypotheken hatte die Regierung selbst den Entwurf im Stiche gelassen. Nachdem aber die Beibehaltung der geheimen Hypotheken beschlossen war, glaubte die Versammlung nicht mehr an die Lebensfähigkeit des Gesetzes und die Debatten erregten kein Interesse. Das bestehende System hatte man nach langen Vorbereitungen verbessern wollen,

*) Anschütz die Hypothekarreform in Fankreich und die zweite Lesung in der Nationalversammlung. In der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslands XXIV, 99.

Digitized by Google

und zu eben diesem System war man schrittweise zurückgekehrt.

Zu einer dritten Lesung kam es nicht. Keine Partei hatte ein Interesse daran, sie zu verlangen, und als am 2 December die Auflösung der Nationalversammlung erfolgt war, schien die Frage der Hypothekarreform für lange Zeit zu ruhen.

In der That schien die Regierung den Gedanken einer völligen Umgestaltung des Hypothekenwesens ganz aufgegeben zu haben. In den Reden der Generalprocuratoren wurde nach dem 2 December das bestehende System sogar wieder gepriesen. Die Thatsache, daß alle Versuche einer Aenderung vergeblich gewesen seyen, ward als ein neues Zeugniß für die Vortrefflichkeit des napoleonischen Civilgesetzbuchs angeführt.

Indeß nahm die Regierung die Hypothekarreform nur von einer andern Seite wieder auf als es bisher geschehen war. In Frankreich stand das Verlangen nach einer Aenderung der bestehenden Hypothekengesetzgebung mit der beabsichtigten Errichtung von Pfandbriefinstituten in Verbindung. Die Juliregierung hatte auch diese Institution in den Kreis der Vorarbeiten gezogen, im Auftrag des Gouvernements hatte im Jahre 1844 Herr Royer Deutschland bereist und über die dortigen Creditvereine Bericht erstattet. Als Hauptschriftsteller über diese Frage ist Wolowski zu nennen; die Pfandbriefinstitute Preußens und Polens wurden allmählich als nachahmungswerthe Muster betrachtet. Im Jahre 1850 brachte die Regierung auch einen Gesetzentwurf über die Errichtung solcher Anstalten bei der Nationalversammlung ein, derselbe kam jedoch nicht mehr zur Berathung*).

Bisher war man immer der Ansicht gewesen, daß ohne eine Verbesserung des Hypothekenrechts die Errichtung von Pfandbriefinstituten unausführbar seyn würde. Diese Anstalten sind nur Darleiher im Großen, sie werden mithin die juristische Sicherheit noch mehr vermissen als der gewöhnliche Darleiher. Nach dem 2 December schlug jedoch die Regierung den umgekehrten Weg ein. Sie erlaubte die Errichtung von Pfandbriefinstituten, ohne daß das Hypothekarrecht als solches geändert wurde. Fragt man wie

*) Wolowski, Revue de législation et de jurisprudence. Januar 1852 p. 62.

Digitized by Google

dieß möglich gewesen sey, wenn die vielbesprochenen Uebelstände des französischen Hypothekenwesens wirklich vorhanden sind, so liegt die Antwort in den Privilegien, welche den zu errichtenden Vereinen im voraus ertheilt wurden. Das Decret vom 28 Februar 1852 (Décret sur les sociétés de crédit foncier) enthält die Normativbestimmungen für die neuen Institute. Ein späteres Gesetz vom 10 Juni 1853 hat diese Bestimmungen in einigen Punkten mobificirt. Die Gesellschaften sollen das Recht haben, auf erste Hypothek und bis zur Hälfte des Werthes zu leihen und dafür Pfandbriefe auf Namen oder auf den Inhaber auszugeben. Der Zinsfuß soll 5% nicht übersteigen, die Rückzahlung soll durch einen jährlichen Amortisationsbeitrag erfolgen, der Beitrag zu den Kosten soll für jede einzelne Gesellschaft festgesetzt werden. Zugleich ertheilte das Decret den Gesellschaften das wichtige Privileg, daß sie vor Ausgabe des Darlehens das Reinigungsverfahren einleiten und auf diese Weise die Inscription der gesetzlichen Hypotheken binnen einer kurzen Frist verlangen können, widrigenfalls diese Hypotheken der Gesellschaft gegenüber keinen Vorrang haben. Das Civilgesetzbuch gibt das Rechtsmittel des Reinigungsverfahrens nur dem Käufer eines Grundstücks, nicht aber den Gläubigern des Eigenthümers. Code c. Art. 2181. Den Schuldnern der Gesellschaft dürfen ferner keine Zahlungsfristen von den Gerichten bewilligt werden und die verfallenen Zinsen tragen von Rechts wegen wieder Zinsen. Das Subhastationsverfahren ist zu Gunsten der Gesellschaften vereinfacht, es steht ihnen das Rechtsmittel des Sequesters offen, so daß sie während des Subhastationsverfahrens in den Besitz des Grundstücks gelangen. Die Inscriptionen der Gesellschaften sind von der zehnjährigen Erneuerung befreit (Code c. 2154), die Inscription hat vielmehr so lange Gültigkeit als die Forderung selbst.

Diese Privilegien verbessern allerdings in manchen Punkten das Hypothekenrecht, allein es sind Ausnahmebestimmungen. Sie enthalten eine auffallende Begünstigung der Creditgesellschaften, für die übrigen Darleiher besteht die bisherige Gesetzgebung unverändert fort. Sind aber jene Verbesserungen zweckmäßig, so muß es Verwunderung erregen, daß sie nicht auf alle Fälle ausgedehnt worden sind. Die Ungleichheit des rechtlichen Schutzes kann nur dazu dienen, die Concurrenz der Privatdarleiher mit den Creditgesell-

Digitized by Google

schaften zu erschweren, die Vereine erlangen ein Monopol, welches nicht immer zum Vortheil des Schuldners benutzt werden wird.

Die Regierung hatte sich die Genehmigung jeder einzelnen Gesellschaft vorbehalten. Unter den ersten, welche diese Genehmigung erhielten, war die Pariser Gesellschaft der Banque foncière, welche durch Decret vom 28 März 1852 für den Bezirk des Appellhofes von Paris ausschließlich concessionirt wurde. Sie war eine Gesellschaft von Darleihern, nicht von Grundbesitzern, sie hatte also nur die äußeren Formen mit den preußischen Pfandbriefinstituten gemein. Das Decret vom 28 Februar hatte beide Arten von Gesellschaften erlaubt, die Vereine von Grundbesitzern mit solidarischer Haft entsprachen jedoch nicht den französischen Sitten. Es hatte ursprünglich im Plane gelegen, für jedes Departement einen Creditverein zu concessioniren. Durch das Decret vom 10 December 1852 wurde jedoch die Concession der Pariser Gesellschaft auf ganz Frankreich ausgedehnt, die Departements sollten nur Filiale der Pariser Gesellschaft erhalten und die letztere sollte das Recht haben, sich die wenigen inzwischen genehmigten Provinzialvereine zu incorporiren. Auch wurden der neuen Gesellschaft, welche nun den Namen Crédit foncier de France annahm, zehn Millionen Franken aus Staatsmitteln zugewiesen, welche ursprünglich zur Vertheilung an die Provinzialvereine bestimmt waren.

Diese neue Erweiterung des Privilegs kann auffallen, doch sind die Bedingungen unter denen sie ertheilt wurde, nicht ungünstig für das Land. Die Schuldner der Gesellschaft zahlen jährlich fünf Procent und werden nach fünfzig Jahren frei; denn in der jährlichen Leistung von fünf Procent sind zugleich die Zinsen (3,67), die Beiträge zu den Verwaltungskosten (0,60), sowie jene zur Amortisation (0,73), inbegriffen*). Auf diese Weise ist allerdings ein für Frankreich äußerst niedriger Zinsfuß erreicht. Dasselbe Resultat würde jedoch durch Freigebung der Concurrenz eingetreten seyn. Dieser natürliche Weg würde weniger den Interessen der Börse, vielleicht aber desto mehr den Interessen der Grundbesitzer entsprochen haben.

---

2) Vertrag zwischen der Gesellschaft des Crédit foncier und dem Minister des Innern vom 18 November 1852. Sirey 1853, III, 2.

Digitized by Google

War man der Meinung gewesen, daß mit den getroffenen Maßregeln die Frage der Hypothekarreform abgeschlossen sein würde, so hatte man sich vollständig getäuscht. Die Pariser Hypothekenbank entsprach nicht den gehegten Erwartungen. Ihr Geschäftsbetrieb erforderte die größte Vorsicht; die ihr ertheilten Privilegien hatten nur einige, nicht alle Uebelstände des Hypothekenrechts beseitigt, eine volle juristische Sicherheit der Darlehen war noch nicht erzielt. Es wurde offen ausgesprochen, daß die Gesellschaft nur dann ihre Aufgabe erfüllen könne, wenn weitere Reformen der Hypothekargesetzgebung erfolgten.

Auf Anregung der Pariser Gesellschaft that die Regierung einen neuen und entscheidenden Schritt. Durch das Gesetz vom 23 März 1855 über die Transcriptien*) ist das französische Hypothekenrecht zum erstenmale, wenigstens in einigen Punkten, wesentlich abgeändert worden. Das Gesetz zerfällt seinem Inhalte nach in zwei verschiedene Theile. Der erste bezieht sich auf die Transcription, der zweite auf die gesetzlichen Hypotheken und auf die resolutorische Klage des Verkäufers.

Der Transcription sind unterworfen (Art. 1—4): alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden, durch welche dingliche Rechte an Immobilien übertragen werden, jeder Verzicht auf solche Rechte, die gerichtlichen Urtheile, in welchen ein mündlich abgeschlossenes Rechtsgeschäft des genannten Inhalts anerkannt wird, die Adjudicationsurtheile mit Ausnahme des Zuschlags an einen der Miterben oder Miteigenthümer, alle Pacht- und Miethverträge, welche auf mehr als achtzehn Jahre geschlossen sind, alle Urkunden und Urtheile, in welchen für Pachtverträge selbst von kürzerer Dauer eine Quittung oder Cession des Pachtzinses für drei noch nicht verflossene Jahre enthalten ist, endlich alle gerichtlichen Urtheile, in welchen die Nichtigkeit oder Auflösung eines transcribirten Aetes erkannt wird. Der Hypothekenbewahrer ist verpflichtet auf Ansuchen eine Uebersicht der Transcriptionen auszufertigen, Art. 5.

Diese tief eingreifenden Bestimmungen geben im Ganzen den Inhalt eines ältern Gesetzes wieder, welches vor der Publication des Code, wenn auch nur kurze Zeit, in Geltung war. Die

*) Loi du 23 Mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire.

Digitized by Google

Transcription war zuerst durch das Gesetz vom 11 Brumaire VII. (1 November 1798) eingeführt worden. Dieß Gesetz hatte die Transcription als provinzielles Institut vorgefunden, und es auf ganz Frankreich ausgedehnt. Zum Verständniß dieser Entwicklung genügt ein kurzer geschichtlicher Rückblick.

In einigen nordöstlichen Provinzen Frankreichs, namentlich in der Picardie, Artois, Flandern, Hennegau und in den vom deutschen Reiche abgetretenen Ländern hatte sich die alte germanische Auflassung erhalten. Diese Provinzen faßte man zusammen unter dem Namen pays de nantissement et ensaisinement*). Die Auflassung und Eintragung in die Grundbücher erstreckte sich sowohl auf Lehn- als Allodialgüter, sie erfolgte bei den Gerichten der Lehns- und Grundherren. Gleichwohl erblicken neuere französische Juristen in der Auflassung eine rein feudale Institution S. Duverdy in der Revue historique de droit français 1855 p. 100: »La transcription a une origine tout féodale«. In der Revolutionszeit trat auch für diese alte Rechtssitte eine Veränderung ein. Durch das Decret vom 20 — 27 September 1790 wurden die Lehn- und Patrimonialgerichte aufgehoben, die alten Formen der Auflassung fielen, das Princip der Oeffentlichkeit der Eigenthumsübertragung aber wurde beibehalten. Das Decret bestimmte, daß in den genannten Provinzen die Transcription der Urkunden an die Stelle der Auflassung treten, und daß die Eintragung in die öffentlichen Bücher bei den Bezirksgerichten erfolgen solle. Diese neue Institution wurde durch das Brumairegesetz vom Jahre VII. auf ganz Frankreich ausgedehnt. Der Grund lag wohl darin, daß das Hypothekenwesen jener Provinzen seit alter Zeit im Rufe einer großen Sicherheit stand. Das Brumairegesetz (Art. 26) schrieb die Transcription für alle Acte vor, durch welche Immobilien und solche Rechte an Immobilien übertragen werden, welche Gegenstand einer Hypothek seyn können. Ein nicht transcribirter Act konnte Dritten, welche die Eintragung eines dinglichen Rechtes bewirkt hatten, nicht entgegengesetzt werden.

Das Brumairegesetz war noch in Kraft, als das napoleonische Civilgesetzbuch berathen wurde. Das Institut der Transcription hatte nach einem fünfjährigen Bestehen noch nicht überall feste

*) Schäffner, Geschichte der Rechtsverf. Frankreichs III. 330.

Digitized by Google

Wurzeln geschlagen. Ob die Transcription in das Gesetzbuch aufzunehmen sey, war vielmehr eine offene Frage, deren Entscheidung im Staatsrath bis zur Berathung des Titels von den Hypotheken vertagt wurde. Im Entwurfe des Code (Art. 91) war die Bestimmung des Brumairegesetzes über die Transcription fast wörtlich wiedergegeben. Im Staatsrath stieß man auf Widerspruch. Zwei von den Redactoren des Entwurfes, welche sonst in ihren juristischen Anschauungen sehr von einander abwichen, Tronchet und Maleville, bekämpften die Beibehaltung der neuen Institution. Der Staatsrath faßte einen nicht ganz klaren Beschluß, in Folge dessen die Transcription, als Bedingung des Eigenthumsüberganges Dritten gegenüber, aus dem Gesetzbuche verschwunden ist*). Nur für die Schenkungen und Substitutionen hat sie jene Bedeutung behalten, Art. 941, 1070, in den übrigen Fällen, in denen das Gesetzbuch sie vorschreibt, hat sie keine Beziehung zum Eigenthumsübergang. Dieser wird vielmehr stillschweigend durch den Vertrag der Parteien bewirkt. Der Käufer wird Eigenthümer mit Abschluß des Kaufes, die Tradition überträgt ihm nur den Besitz. Die römische Regel: Traditionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur (L. 20 C. de pactis II, 3) findet im französischen Civilgesetzbuch umgekehrte Anwendung. Art. 711, 1138, 1583. Die eigenthümliche Fassung der Artikel 1140 und 1583 beweist aber, daß man zur Zeit ihrer Berathung die Aufnahme der Transcription in das Gesetzbuch für möglich hielt.

Das Gesetz vom 23 März 1855 hebt diese Principien vollständig auf; die Transcription ist nicht mehr bloß nützlich, sondern Dritten gegenüber nothwendig. Selbst die Pacht- und Miethverträge, wenn sie für mehr als achtzehn Jahre geschlossen sind, oder wenn bei kürzerer Dauer der Pachtzeit eine Vorausbezahlung des Pachtgeldes für drei Jahre stattgefunden hat, sind der Transcription unterworfen, um dritten dinglich Berechtigten gegenüber Geltung zu haben. Der Grund dieser Neuerung liegt darin, daß Pachtverträge mit sicherm Datum auch dem Käufer gegenüber gelten (Kauf bricht nicht Miethe, Art. 1743), und daß durch Pachtverträge von der im Gesetze angegebenen Beschaffenheit der Werth des Grundstücks erheblich geschmälert seyn kann.

*) Sitzung des Staatsraths vom 10 Ventôse XII; Locré législation civile etc. XVI. 236, 289; Conférence du Code civil. Art. 2182.

Digitized by Google

Das neue Gesetz schreibt nicht vor, daß nur öffentliche Urkunden transcribirt werden können, es sind also wie bisher auch Privaturkunden zur Transcription zulässig. Dagegen ist darauf aufmerksam zu machen, daß nur Acte unter Lebenden in den Bereich des Gesetzes gehören; Testamente und Intestaterbschaften sind von der Transcription befreit. Für die letztere Ausnahme hat man sich auf den Grundsatz le mort saisit le vif berufen, welcher in den meisten Fällen der Intestaterbfolge zur Anwendung kommt, und dessen Aufgeben eine gänzliche Umgestaltung des französischen Erbrechts nach sich gezogen haben würde. Die Befreiung der Testamente dagegen hat man dadurch zu begründen versucht, daß die Transcription des Testamentes so lange nicht bewirkt werden kann, als der Legatar nicht im Besitze desselben ist. Es würde also ganz von der Willkür des Intestaterben abhängen, die Transcription und damit die Wirkung des Legates zu vereiteln. Der Intestaterbe kann das legirte Grundstück verkaufen, der Käufer läßt transcribiren, erst dann erhält der Legatar das Testament, der transcribirte Kaufact würde dem Testamente vorgehen. Man sollte meinen, hieraus folge nur so viel, daß die Transcription der Testamente rückwirkende Kraft haben müsse.

Der Art. 6 des Gesetzes zieht aus dem Princip der Transcription die Consequenz, daß nach geschehener Transcription Hypotheken und Vorzugsrechte gegen den frühern Eigenthümer nicht mehr eingetragen werden können. Die Art. 834 und 835 des Code de procédure civile, welche noch eine vierzehntägige Frist verstatteten, sind aufgehoben. Zwei Ausnahmen sind jedoch auch jetzt noch zugelassen. Die Vorzugsrechte des Verkäufers und des Miteigenthümers (Code c. Art. 2103, 2109) können noch binnen fünfundvierzig Tagen nach dem Verkauf oder der Theilung eingetragen werden, ohne daß die Transcription entgegensteht.

Die Artikel 7 bis 9 hängen mit der Transcription nicht zusammen, sie bilden einen selbstständigen Theil des Gesetzes und bezwecken die Verbesserung einiger andern Punkte des Hypothekenwesens.

Zu den Gründen der Unsicherheit des französischen Hypothekenrechts gehört namentlich auch die resolutorische Klage des Verkäufers. Dem Verkäufer eines Grundstückes, welcher den Kaufpreis noch zu fordern hat, stehen zwei verschiedene Wege zur

Digitized by Google

Wahrung seines Rechtes offen. Der Artikel 2103 des Civilgesetzbuches gibt ihm ein Vorzugsrecht, eine privilegirte Hypothek am Grundstück, der Artikel 1654 gibt ihm die resolutorische Klage. Die Wirksamkeit des Vorzugsrechts ist an die Bedingung der Eintragung in das Hypothekenregister geknüpft, Art. 2106, 2108, und diese Inscription muß vor Ablauf von zehn Jahren erneuert werden. Die resolutorische Klage dagegen ist der Inscription nicht unterworfen, sie ist nicht ein specielles Rechtsmittel des Verkäufers, sondern nur eine Anwendung des allgemeinen Princips des Artikels 1184. Allen zweiseitigen Verträgen wohnt im französischen Civilrecht die lex commissoria tacita inne; erfüllt die eine Partei nicht, so kann die andere die Auflösung des Vertrages gerichtlich verlangen. Die resolutorische Klage verjährt in 30 Jahren. Das Vorzugsrecht des Verkäufers kann also durch Unterlassung der Inscription erloschen seyn, während die resolutorische Klage noch besteht. Die Klage geht gegen Dritte, sie bewirkt resolutio ex tunc, der Verkäufer erhält das Grundstück frei von allen inzwischen bestellten Hypotheken zurück. Die Auflösungsklage gefährdet also in hohem Grade die Sicherheit hypothekarischer Eintragungen. Dennoch muß sie als ein wichtiges Recht des Verkäufers betrachtet werden, welches nur in seinen schädlichen Wirkungen zu beschränken, nicht aber ganz aufzuheben ist. In diesem Sinne bestimmt der Artikel 7 des Gesetzes, daß die resolutorische Klage Dritten gegenüber nicht länger als das Vorzugsrecht des Verkäufers wirkt. Besteht das Vorzugsrecht nicht mehr, so ist auch die Klage Dritten gegenüber erloschen. Die Existenz des Vorzugsrechtes aber wird Dritten durch die Inscription bekannt, damit zugleich auch die Existenz der resolutorischen Klage, welche durch die Publicität ihre nachtheiligen Wirkungen verliert.

Zwei wichtige Neuerungen führen die Artikel 8 und 9 für die gesetzlichen Hypotheken ein. Der Art. 8 schreibt vor, daß die gesetzlichen Hypotheken der Ehefrauen, der Minderjährigen und Interdicirten innerhalb eines Jahres nach Aufhören der Ehe oder der Vormundschaft inscribirt werden müssen, wenn sie ihren gesetzlichen Vorrang behalten sollen. Nach Ablauf dieser Frist ist die Inscription ohne rückwirkende Kraft. Durch diese Bestimmung hat man eine Vermittlung der Gegensätze versucht. Die gesetzlichen Hypotheken bleiben geheim, solange die Ehe oder die Vormundschaft besteht; sie werden öffentlich, sobald Ehe und Vormundschaft aufhören. Diese Vermittlung ist nicht neu; eine gleiche Ver-

Digitized by Google

stimmung war im Jahre 1851 auf den Antrag Demantes von der Nationalversammlung angenommen worden.

Die geheimen Hypotheken sind jedoch auch noch in einer andern Beziehung beschränkt. Der Artikel 9 des Gesetzes schreibt vor, daß die Cession gesetzlicher Hypotheken sowie der Verzicht auf dieselben in öffentlicher Urkunde erfolgen und inscribirt werden müssen, um Dritten gegenüber wirksam zu seyn. Dadurch ist die Befreiung der gesetzlichen Hypotheken von der Inscription nach einer sehr praktischen Seite hin unschädlich gemacht, denn die Cessionen der gesetzlichen Hypothek der Ehefrauen gehören nicht zu den seltenen Erscheinungen.

Das neue Gesetz ist mit dem 1. Januar 1856 in Kraft getreten, Rechtsgeschäfte und gerichtliche Urtheile von älterem Datum sind von der Transcription befreit.

Wie es dem französischen Civilgesetzbuch eigenthümlich ist, so ist auch das Transcriptionsgesetz so lakonisch gefaßt, daß der Wissenschaft eine Reihe von Fragen zur Beantwortung übrig bleiben, welche sich unmittelbar aus dem Gesetze ergeben. Dahin rechnen wir das Verhältniß der Transcription zur Ersitzung, welches in dem Gesetze nicht berührt ist.

Das Gesetz enthält zwar in mancher Hinsicht nur halbe Maßregeln, gleichwohl aber ist es ein wichtiger Fortschritt auf dem Wege der Hypothekarreform. Dieser Fortschritt würde noch höher anzuschlagen seyn, wäre nicht die vortheilhafte Wirkung des Transcriptionszwanges zu sehr von dem Kostentarife abhängig. Alle Stimmen scheinen darüber einig zu seyn, daß der bestehende Tarif einer Reform in Bezug auf die kleinen Grundstücke bedürfe. Im Jahre 1850 erklärten die Delegirten der französischen Notare in einem Gutachten über das Hypothekengesetz, daß die Einführung des Transcriptionszwanges neben Beibehaltung des bisherigen hohen Tarifs nur dazu dienen würde, die kleinen Grundbesitzer vollends zu Grunde zu richten. Der Berichterstatter des Senats aber führte bei der Berathung unseres Gesetzes aus, bei dem Verkaufe eines Grundstückes im Werthe von 200 Franken könnten die Kosten eine Summe betragen, welche den Ertrag des Grundstückes für vier Jahre im voraus erschöpfe. Die Zahl der Transcriptionen wird sich unter der neuen Gesetzgebung so sehr mehren, daß eine Herabsetzung des Tarifs ohne Verlust für die Staats-

Digitized by Google

kasse möglich seyn wird. Wenn man aber in der Transcription eine unentbehrliche Grundlage für die Sicherheit des Eigenthums und des Realcredits erblickt, so muß man auch diejenigen Opfer nicht scheuen, ohne welche das vorgesteckte Ziel nicht erreicht werden kann.

Bonn, im Mai 1856.

Prof. Dr. Anschütz.

Digitized by Google

III.

Die neuere Literatur des Völkerrechts.

R. v. Mohl, die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. Erlangen. 1855 Bd. I. S. 335 — 470.

Es ist für jede Wissenschaft von hohem Interesse, daß sie von Zeit zu Zeit sich Rechenschaft gebe über das was bisher erreicht ist, und sich klar mache wie nahe oder fern der errungene Standpunkt dem Endziele sey, und welches die Gründe seyen, die sich etwa der Erreichung des letzteren noch entgegenstellen. Erhöhtes Interesse bietet eine solche Rück- und Vorschau in einer Disciplin, wie das Völkerrecht, das in seiner Stellung als besondere Wissenschaft erst verhältnißmäßig neueren Ursprungs ist und noch in Mitte der Entwicklung sich befindet. Freilich stellt dieser Zustand der Disciplin einer solchen Bearbeitung viel größere Schwierigkeiten entgegen, als in anderen Zweigen unseres Wissens. Solange man über das zu erstrebende Ziel noch uneinig oder unklar ist, ist es auch sehr schwer zu sagen ob man ihm auf dem bis jetzt eingehaltenen Wege näher gekommen sey, oder ob man einen andern und welchen einzuschlagen habe? — Je bedeutender übrigens die Schwierigkeiten eines solchen Unternehmens sind, desto höher ist das Verdienst desjenigen anzuschlagen, der sich wie Mohl durch dieselben nicht nur nicht abschrecken läßt, sondern sie zu besiegen weiß. Freilich steht auch kaum einem zweiten der jetzt lebenden Staatsgelehrten ein solches Maß von Kenntnissen und

Digitized by Google

Erfahrungen im Gebiete der Staatswissenschaften, eine solche Ruhe und Milde des Urtheils, und eine solche Schärfe und Klarheit der Darstellung zu Gebote, wie dem Verfasser der angeführten Abhandlung —

Es ist bekannt, daß erst in den jüngsten Jahrzehnten wieder eine regere Thätigkeit auf dem Gebiete der Theorie des Völkerrechts begonnen hat und bis zur Stunde fortgesetzt worden ist. Die Gründe sind wohl ähnlich denjenigen, welche am Anfang des 16. Jahrhunderts den Anstoß zu einer allseitigeren und umfassenderen Begründung des Völkerrechts gegeben haben. Die Erleichterung und Vervielfältigung des Verkehrs im weitesten Sinne des Wortes bringt nicht bloß die Einzelnen, sondern auch die Staaten einander näher, und macht es eben dadurch nöthig, die Grundsätze aufzusuchen und festzustellen, nach welchen das gegenseitige Verhalten der Staaten zu einander und der Verkehr derselben mit einander zu beurtheilen ist. Was nun die Wissenschaft in der neueren Zeit (d. i. in der Zeit seit c. 1830) nach dieser Richtung in Europa geleistet habe, das führt uns Mohl in der genannten Abhandlung in erschöpfender Aufzählung vor. Wir wollen versuchen unseren Lesern einen gedrängten Ueberblick über den wesentlichen Inhalt derselben zu geben, indem wir zugleich jene wissenschaftlichen Erscheinungen völkerrechtlichen Inhalts namhaft machen werden, welche seit der Vollendung der Abhandlung von M. uns bekannt geworden sind.

1) Der Verf. beginnt mit der Betrachtung der Werke über die Geschichte des Völkerrechts, und fordert von einer vollkommenen geschichtlichen Darstellung der völkerrechtlichen Lehren, daß sie ebensowohl die Ansichten der Theoretiker als die in der staatlichen Welt vorgefallenen Thatsachen und Handlungen berücksichtige. Erst aus deren gegenseitiger Durchdringung und Wechselbeziehung entwickelt sich das Völkerrecht, und daher muß auch eine Geschichte desselben diesem Gange folgen. Dieser Anforderung ist durch die Werke des Nordamerikaners H. Wheaton (histoire des progrès du droit des gens depuis la paix de Westphalie jusqu'au Congrès de Vienne. 2 vols. ed. 3 Par. et Leipz. 1853. 8.) und des Genter Professors Laurent (histoire du droit des gens), soweit es bisher vorliegt, verhältnißmäßig am besten, wenn auch nicht vollständig genügt. Von dem letzteren Werke, dessen Absicht

Digitized by Google

dahin geht, die ganze Geschichte des Völkerrechtes zu umfassen, liegen bis jetzt 3 Bände vor, von denen der erste dem Orient, der zweite Griechenland, der dritte Rom gewidmet ist. Der Verf. unserer Abhandlung nennt es mit Recht „ein staunenswerthes Werk", mag man die Kühnheit und den Umfang des Planes oder die Klarheit und Reinlichkeit der Darstellung ns Auge fassen. In drei weitern Bänden soll das Unternehmen bis auf die Gegenwart fortgeführt und vollendet werden. — Außerdem ist etwa noch eine Arbeit des Grafen v. Garden zu erwähnen (histoire des traités de paix depuis la paix de Westphalie), von der seit 1849 bis 1854 13 Bände veröffentlicht waren.

Die Deutschen haben nur in Monographien an der Förderung der Geschichte des Völkerrechtes einen des Lobes würdigen Antheil genommen.[1]) Die Schrift von Hinrichs, die durch ihren Titel (Geschichte des Natur- und Völkerrechts, 3 Bde. Leipz. 1848 — 52) Hoffnungen erregt, kann weder ihrem Inhalte, noch ihrer Form nach als eine Bereicherung der Wissenschaft des Völkerrechtes, von dem sie zudem nur nebenbei spricht, betrachtet werden.

2) Größere Verdienste haben sich die Deutschen um die systematische Bearbeitung des V. R. erworben. Da hat vor allen Freih. H. C. v. Gagern durch seine geistreiche Kritik des V. R. (Leipz. 1840) aufräumend und anregend gewirkt, und eine Reihe von jüngeren Kräften hat sich mit der Erörterung der Grundbegriffe der Wissenschaft beschäftigt, so Hälschner, Fallati, K. Th. Pütter und v. Kaltenborn. Am meisten verdankt die Wissenschaft, wie auch M. anerkennt, der Arbeit von Kaltenborn; insbesondere ist seine Auffassung über das, was als die Grundlage des V. R. anzusehen sey, vor andern klar und befriedigend.

---

[1]) Dahin gehört namentlich Schaumann, A. F. H., Geschichte des II. Pariser Friedens. Gött. 1844; von Kaltenborn, Kritik des Völkerrechts, Leipz. 1847, in soweit er eine Geschichte der Literatur gibt. Aus der neuesten Zeit verdient als hieher gehörig genant zu werden: Abeken, H. Der Eintritt der Türkei in die europäische Politik des 18. Jahrh. Mit einem Vorwort v. K. Stüve. Berlin 1856.

Digitized by Google

— Unter den vollständigen Systemen des positiven V. R.,[2]) die der neuern Zeit angehören, nimmt das von Hefftter sowohl in formeller als in materieller Beziehung den ersten Rang ein. Daß seine Bedeutung auch im Leben erkannt und gewürdigt werde, dafür spricht unter anderem auch der Umstand, daß in der jüngsten Zeit (in der II. Hälfte von 1855) eine dritte Auflage desselben erschienen ist, in welcher der Verf. seinem Werke durch Textverbesserungen und Nachträge größere Abrundung und Vollständigkeit gegeben hat. Vermehrt ist diese Auflage durch einen eigenen Abschnitt „besondere Anstalten für den socialen Verkehr der Völker;" die Posten, Eisenbahnen, Telegraphen u. s. w. werden hier zum erstenmale von ihrer völkerrechtlichen Seite betrachtet und behandelt. Den Deutschen zunächst stehen die Engländer und Nordamerikaner. Von den ersteren sind Oke Manning (Commentaries on the Law of Nations. Lond. 1839), dann aber besonders Phillimore (Commentaries upon international Law. Lond. 1854), von den letzteren H. Wheaton (Elements of international Law. 2. Lond. 1836) in französ. Bearbeitung, Leipz. u. Par. 1852) und J. Kent (seine Commentaries on American Law. New-York 1844 leitet er mit einer Darstellung des positiven Völkerrechts ein) vor den übrigen der Hervorhebung würdig; ihre Arbeiten haben vorzüglich den Vortheil eines großen Reichthums an Stoff und an praktischen Belegen vor denen der deutschen Autoren voraus. — Von den übrigen Culturvölkern Europa's liegen keine namhaften systematischen Leistungen vor.

3) Bedeutend sowohl der Zahl als dem Inhalte nach sind die Monographien über positives V. R., und zwar wenn wir hier von minder wichtigen Stoffen und von Einzelfragen absehen, vorzugsweise

a) über diplomatische Agenten und Diplomatie. Von jeher ward diese Materie mit Liebe und Eifer gepflegt, und sie hat darum eine sehr reiche Literatur aufzuweisen. Auch in der Periode, die wir hier im Auge haben, hat sie ihre Anziehungskraft nicht verloren. Wenn auch die Werke über die Verhältnisse der Gesandten (von Garden, Miruß u. a.) keinen wesentlichen Fortschritt enthalten, so ist dieses doch entschieden bei

[1]) Das philosophische V. R. hatte sich einer systematischen Behandlung in der neueren Zeit nicht zu erfreuen.

Digitized by Google

jenen der Fall, welche das Consulatwesen behandeln. In gewissem Betracht unübertrefflich darf das Handbuch von Miltitz (Manuel des Consuls, 2. vols. Lond. et Berlin. 1837 — 39) genannt werden; es zeichnet sich eben so sehr durch umfassende historische Begründung, als durch praktische Brauchbarkeit vor allen übrigen aus. Von den der jüngsten Zeit angehörigen Schriften ist die von Oppenheim (prakt. Handb. der Consulate aller Länder, Erlangen. 1854. 8) die bedeutendste. O. vergleicht die Consular-Ordnungen der verschiedenen Staaten mit einander, und sucht die gemeinsamen Grundsätze derselben aufzufinden; aus diesen bildet er dann ein System eines gemeinen europäischen Consularrechts. Ein Anhang bringt Excurse über einzelne schwierige Fragen, dann Modele von Actenstücken und die Gebührentarife für die Consuln mehrerer europäischer Staaten.

b) Die Lehre von den See- und Handelsverhältnissen in ihren völkerrechtlichen Beziehungen verdankt den wissenschaftlichen Bestrebungen der neueren Zeit wesentliche Bereicherung und Erweiterung, und zwar liegen theils Schriften vor, welche den ganzen Gegenstand für sich systematisch behandeln, theils solche, welche der Erörterung einzelner damit zusammenhängender Verhältnisse gewidmet sind. Zu der ersteren Klasse zählen insbesondere die Schriften der beiden Franzosen Ortolan (règles internationales et Diplomatie de la mer, 2. vols. Par. 1845 u. 53) und Massé (le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens. 6 vols. Par. 1844), dann der Deutschen Mirus s (das Seerecht und die Flußschifffahrt nach den preußischen Gesetzen. 2 Bde. Leipzig 1838 u. 1839) und von Kaltenborn (Grundsätze des praktischen europäischen Seerechts. 2 Bde. Berlin 1851), unter welchen die letztere in Bezug auf die streng wissenschaftliche Behandlung und auf gründliche und allseitige Erörterung des Stoffes vor den anderen zu rühmen ist.[1])

Unter den einzelnen hieher gehörigen Verhältnissen ist von besonderer Wichtigkeit die Neutralität und der Handel der

1) Das Werk von F de Cussy (phases et causes célèbres du droit maritime des nations. t. I. Leipz. 1856 haben wir nur angezeigt gefunden, ohne dasselbe bisher zur Einsicht erhalten zu können.

Digitized by Google

Neutralen. Den Gegenstand hat durch L. B. Hautefeuille (des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime. 4 vols. Par. 1848) eine musterhafte und umfassende Bearbeitung erhalten. Von deutschen Autoren sind insbesondere C. F. Wurm (von der Neutralität des deutschen Seehandels in Kriegszeiten. Hamb. 1841.) und C. W. Asher (Beiträge zu einigen Fragen über die Verhältnisse der neutralen Schifffahrt. Hamb. 1854) zu nennen. Die von Mohl (S. 426 Note 1) erwähnte, durch A. Soetbeer veranstaltete Sammlung von einschlägigen Actenstücken ist seitdem fortgesetzt worden, und umfaßt nun bereits 186 Numern. — Nach M's. Arbeit ist ferner eine dem Professor L. Pernice gewidmete Monographie von Dr. L. Geßner erschienen (das Recht des neutralen Seehandels und eine Revision der darüber geltenden Grundsätze des Völkerrechts. Bremen 1855). Eine Bereicherung der Wissenschaft können wir aber in derselben nicht finden. Die Darstellung des Bestehenden ermangelt der Klarheit und Vollständigkeit. Die Kritik liefert nichts neues. Die vielfach leidenschaftlichen Urtheile über das Verhalten Englands gegenüber den Neutralen thun der wissenschaftlichen Ruhe und Haltung Eintrag, und waren zudem zu der Zeit wo der Verf. schrieb, nicht gerechtfertigt. Denn bekanntlich hat England in dem eben beendigten Seekriege seine Ansprüche wesentlich gemildert. Ob sein Verzicht ein freiwilliger oder erzwungener war, sowie die Frage, welche Motive etwa zum Verzicht gedrängt haben, kann vorerst dahingestellt bleiben. Daß auch England Respect vor der höheren sittlichen Idee habe, gesteht G. (S. 174) selbst zu, und dieser Respect wirkte denn wohl auch wesentlich mit, daß England freiere Grundsätze bekennt. Die bessere Gestaltung der völkerrechtlichen Praxis hat sich in dem jüngsten Kriege namentlich auch dadurch beurkundet, daß die kriegführenden Mächte von der Caperei, die von der Wissenschaft so übereinstimmend verurtheilt wurde, keinen Gebrauch machten.

c) Sehr zahlreiche Bearbeitungen hat endlich in der neueren Zeit — nach einer langen Ebbe — das Fremdenrecht erfahren. Welches die Stellung des Einzelnen im fremden Staate und zu demselben sey, nach welchen Rechtsnormen er in seinen Verhältnissen zu beurtheilen sey, ist auch eine für unsere Tage ungleich wichtigere Frage als für die Vergangenheit. Besonders reich ist

Digitized by Google

die Literatur an Schriften über internationales Privatrecht. Ein Theil und zwar der größere Theil derselben hat sich zur Aufgabe gemacht, allgemeine, für alle gesitteten Staaten gleichmäßig geltende Grundsätze zu ermitteln und festzustellen, während ein anderer Theil sich darauf beschränkt, die bestehenden Normen eines bestimmten Staats in Bezug auf sein Verhalten zu Fremden darzulegen. [1]) Die ersteren Werke, die uns hier zunächst interessiren, gehen nun aber in den Ergebnissen ihrer Forschung noch weit auseinander, und solange die Theorie über die Frage so abweichende Meinungen bekennt, ist es nicht zu verwundern, wenn auch die Praxis darin schwankend ist. — Wir beschränken uns darauf hier jene Schriftsteller namhaft zu machen, welche unbezweifelt zur Förderung und Richtigstellung der Frage wesentlich beigetragen haben — ein Verdienst, in welches sich vorzüglich englische, französische und deutsche Werke theilen. Unter den ersteren sind namentlich die von W. Burge (Commentaries on colonial and foreign Laws. I. — IV. London 1838) und J. Story, (Commentaries on the conflict of Laws foreign and domestic. Ed. 2. Boston 1841); unter den französischen das von Fölix (traité du droit international privé. Paris 1843) und das oben schon erwähnte Werk von M. H. Massé, unter den deutschen eine Abhandlung von C. G. v. Wächter (über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten im Archiv für die civ. Praxis, B. 25 u. 26) und etwa noch eine Monographie von L. Th. Pütter (das praktische europäische Fremdenrecht, Leipz. 1845) als die belehrendsten hervorzuheben. Die Acten sind aber durch keine dieser Arbeiten zum Schlusse gediehen und spruchreif geworden, werden es auch wohl sobald nicht werden, namentlich solange die Ausgangspunkte so verschieden sind. — Die strafrechtliche Behandlung der Fremden, in gewisser Beziehung noch wichtiger als die privatrechtliche, ist neuerlich von drei Schriftstellern fast gleichzeitig erörtert worden [2]).

[1]) Zu den letzteren zählen für Deutschland: A. D. Krug, Das Internationalrecht der Deutschen, Leipz. 1851 (bezieht sich jedoch nur auf die gegenseitige Rechtshülfe), und J. Vesque v. Püttlingen, Die gesetzliche Behandlung der Ausländer in Oesterreich. Wien, 1841.

[2]) Es sind dieß A. F. Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen. Berlin 1853. R. v. Mohl, Revi-

Digitized by Google

4) Der Sammlungen von völkerrechtlichen Verträgen und sonstigen Acten, für die Theorie und Praxis des Völkerrechts gleich unentbehrlich, liegen auch aus der neueren Zeit mehrere vor. Die allgemeinste ist die Sammlung, welche von C. F. v. Martens im Jahre 1791 (in Göttingen) begonnen, und die später von Saalfeld, K. v. Martens, F. Murhard und J. Pinhas bis auf die Gegenwart fortgesetzt worden ist. Freilich läßt dieselbe in Bezug auf Zweckmäßigkeit der Einrichtung und der Anordnung des Stoffes und in Bezug auf Bequemlichkeit sehr vieles zu wünschen übrig. Eine beschränktere Aufgabe haben sich K. v. Martens und Cüssy gesetzt, indem sie eine Sammlung der seit 1760 abgeschlossenen Verträge veranstalteten (bisher 5 Bände, Leipzig, 1846 — 49), und neuestens Dr. F. W. Ghillany (diplomatisches Handbuch Sammlung der wichtigsten europäischen Friedensschlüsse, Congreßacten ꝛc. vom Westphälischen Frieden bis auf die neueste Zeit. 2 Thle. Nördlingen. 1855, gr. 8.). Die letztere Arbeit vermag natürlich den Männern vom Fach die größeren und allgemeineren Sammlungen nicht zu ersetzen; sie soll dem größeren gebildeten Publicum, das sich mit Politik beschäftigt, also insbesondere den Zeitungs-Redactionen und Zeitungslesern die wichtigsten völkerrechtlichen Urkunden ihrem Wortlaut nach leichter zugänglich machen, als dieses bisher der Fall war. Daher sind den Documenten mehr oder minder ausführliche geschichtliche Einleitungen vorausgeschickt, um den Benützer in die Verhältnisse einzuführen, aus denen die in Frage stehende Urkunde hervorgieng. Diesem Zwecke scheint sie uns denn auch zu entsprechen.

Neben diesen allgemeinen Sammlungen verdanken wir der neueren Zeit auch mehrere Sammlungen der Verträge gewisser einzelner Staaten, deren Zahl freilich nicht so groß ist als es bei dem Interesse, das die Wissenschaft an solchen Mittheilungen hat, wohl zu wünschen wäre. Für Oesterreich gibt Vesque von Püttlingen eine Uebersicht der Staatsverträge (Wien 1854); in der jüngsten Zeit hat Professor Dr. Neumann in Wien eine Sammlung derselben zu veröffentlichen begonnen (Recueil des traités et conventions conclus par l'Autriche avec les puissances étrangères depuis 1763 jusqu'à nos jours. Vienne 1855), von der bisher 2 Bände dem

sion der völkerrechtl. Lehre vom Asyl Tüb. 1853. A. Bulmerincq, das Asyl und die Auslieferung politischer Verbrecher. Dorpat. 1853.

Digitized by Google

Publikum vorliegen (das Ganze soll 4 Bände umfassen). Preußens Staatsverträge hat Rohrscheid zusammengestellt. (Berlin 1852) Aus der jüngsten Zeit ist hier noch zu erwähnen: Dr. A. O. Krug, die sächsischen Staatsverträge zur Beförderung des Rechtsverkehrs mit dem Auslande. Leipz. 1856.

Auch diese gedrängte Uebersicht wird es gerechtfertigt erscheinen lassen, daß wir dem Gesammturtheile Mohls uns anschließen, welches dahin geht, daß in den letzten 3 Jahrzehnten vieles und bedeutendes zur wissenschaftlichen Ausbildung des Völkerrechts geschehen sey, und es steht nur zu wünschen, daß die Zukunft darin nicht zurückbleiben möge. Einer bestimmten in sich einigen Theorie des V. R. kann dann auch die Staatspraxis auf die Dauer nicht widerstreben. Wir berufen uns zum Beweise dessen auf die Erfahrungen die uns der eben beendigte Krieg geliefert hat[1]), und nehmen noch Bezug auf eine Aeußerung Hefftters, mit der er die neueste Auflage seines Werkes bevorwortet: „Ich bin nicht unzufrieden mit meinem Unternehmen, wenn ich sehe, wie ich bereits bei der ersten Auflage den Pulsschlag der Zeit und des europäischen Geistes richtig gefaßt und schon Fortschritte in der Staatenpraxis erlebt habe, die vor wenig Decennien kaum in Aussicht zu stellen waren, dennoch aber schon damals als nothwendig bezeichnet wurden."

Pözl.

---

[1]) Der Vertreter Frankreichs bei den Pariser Conferenzen schlug inhaltlich des Protocolls Nr. 22 vier Sätze zur Annahme vor (1. Abschaffung des Corsarenwesens; 2. die neutrale Flagge deckt feindliche Waaren; 3. neutrales Gut ist auch unter feindlicher Flagge frei; 4. Blokaden sind nur obligatorisch, wenn sie in Wirklichkeit bestehen). — Sätze, welche die neuere Wissenschaft seit langem verfochten hatte, und die sie nun auch zur Geltung kommen sieht.

Digitized by Google

IV.

Uebersicht der juristischen Zeitschriften.

1) Die periodische Literatur des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes.

Die Theilnahme des Publicums für die periodische Literatur hält mit der Vermehrung der juristischen Zeitschriften nicht gleichen Schritt.

Den Grund dafür finden wir weniger in dem Mangel an wissenschaftlichem Sinn auf Seite derjenigen, für welche solche Zeitschriften bestimmt sind, als in der Art und Weise der Behandlung, welche sich so häufig bei der wissenschaftlichen Thätigkeit auf diesem Felde geltend macht, und die wir geradezu als eine verfehlte bezeichnen müssen.

Nur zu oft begegnet es einem, daß man in den Abhandlungen nicht die Resultate mühsamer Forschungen unter Bezeichnung des allgemeinen Ganges, den die Untersuchung genommen hat, geboten erhält; nein, man muß den ganzen Proceß der Schöpfung, wie ihn der Schriftsteller durchgemacht hat, mit durchmachen. Das ist nun eine wenig erquickliche Beschäftigung; sie wird auch wenig gelohnt durch den Reichthum an häufig zur Sache nicht gehörigen oder doch für dieselbe wenig belangreichen Citaten, die man als Dareingabe erhält.

Der Proceß mag subjectiv für den Schriftsteller sehr interessant seyn, objectiv für das Publikum ist er es in der Regel nicht. Die neuere Zeit stellt an den Rechtsgelehrten in theoretischer wie in praktischer Beziehung so weitgehende Anforderungen, daß der Schriftsteller mit dem Anspruch auf die Stunden, welche sein Leser

Digitized by Google

ihm widmen soll, sparsam seyn muß; muthet er demselben hierin zu viel zu, so hat er zu besorgen, daß man sich entweder von vorneherein von ihm abseits hält, oder doch vor der Zeit ausreißt.

In Bezug auf diese Art und Weise der Behandlung möchten wir daher allen Redactionen juristischer Zeitschriften, wie Hamlet den Schauspielern, zurufen: „O stellt es ganz und gar ab!"

Wir wenden uns nun zu unserer speciellen Aufgabe, die Leistungen der periodischen Literatur für das Gebiet des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes aus den letzten Jahren, etwa vom Jahr 1853 an, nach Umständen mit einem weiteren Rückgriff, kurz darzustellen, eine Aufgabe, deren Lösung durch den oben bemerkten Mangel in der Darstellung in mehreren Aufsätzen sehr erschwert wird, so daß wir im Hinblick hierauf zu dessen Hervorhebung wohl als legitimirt erscheinen dürften. Unsere Ansicht über den gegenwärtigen Stand des in Frage befindlichen Zweiges der deutschen Rechtswissenschaft haben wir in dem früheren Aufsatz Bd. III S. 317 ff. der Ueberschau dargelegt. Ueberblicken wir nun die Leistungen der periodischen Literatur unseres Faches, so finden wir jene Ansicht bestätigt und bestärkt.

Seit dem Aufhören von Martin's und Walch's Magazin für den gemeinen deutschen bürgerlichen Proceß Heft 1—4 1802—1825, und Frhrn. von Zu-Rhein's Jahrbüchern des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes Bd. I. Nürnberg 1829 ist die Theorie des allgemeinen deutschen bürgerlichen Processes durch ein besonderes Organ nicht vertreten; offenbar in Folge des Particularismus, welcher auf dem vorliegenden Felde unbestritten die Oberherrschaft erlangt hat.

Die wenigsten Aufsätze über einzelne Lehren des Processes behandeln solche zugleich vom geschichtlichen dogmatischen und gesetzgeberischen Standpunkt aus, die meisten begnügen sich damit, ihren Gegenstand nur von der einen oder der andern Seite in das Auge zu fassen. Am mindesten, insbesondere seit dem Aufhören der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, bedacht ist hiebei die geschichtliche Entwicklung, während gerade jetzt die geistvolle Behandlung der römischen Geschichte von Th. Mommsen zeigt, welcher Gewinn für das Verständniß der Gegenwart aus einer lebendigen Auffassung der Vergangenheit sich ziehen läßt.

Digitized by Google

Wir beginnen mit dem

I. Archiv für civilistische Praxis, im Jahre 1818 durch Gensler, Mittermaier und Schweizer begründet, gegenwärtig herausgegeben von Francke, v. Linde, Mittermaier und v. Vangerow.

Im Band 36 vom Jahr 1853 finden sich außer einem Aufsatze von Mittermaier über die Fortschritte der Gesetzgebung in Bezug auf bürgerliches Verfahren, der bereits in Bd. 34 beginnt und bis Bd. 38 sich fortzieht und welchen wir am Schlusse zu besprechen uns vorbehalten, nachstehende Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilprocesses:

1. Ueber die Begründung der Klage und die *generalitas libelli* von Krüger (Nr. IX S. 190—219). Die Anstellung einer Klage wird als die Anrufung der Staatshülfe zur Realisirung eines Forderungsrechtes definirt. Dagegen ist zu erinnern, daß die Statusklagen nichts weiter verlangen als den Ausspruch des Richters über das in Frage stehende persönliche Rechtsverhältniß. — Es wird die Ansicht, welche das Daseyn einer Rechtsverletzung als Bedingung für die Anstellung einer Klage hinstellt, für irrig erklärt, wie uns scheint mit Unrecht, denn alle in rem actiones setzen, um gegen den Verklagten begründet zu seyn, eine besondere Rechtsverletzung voraus, die wenigstens anzuführen ist, wenn auch ihr Nachweis zumeist unnöthig ist, da sie, wie auch in der Regel bei den persönlichen Klagen, durch die Einlassung des Beklagten auf den Proceß, durch die fortdauernde Weigerung oder den Mangel des Anerbietens, dem Kläger gerecht zu werden, genügend constatirt wird. Beizupflichten wird der Behauptung seyn, daß die gewöhnlich gemachte Eintheilung des sogenannten factischen Klagegrundes in ein fundamentum proximum und remotum als unnütz zu verbannen sey (S. 196). Zur Vollständigkeit der Geschichtserzählung einer Klage wird die Reduction aller vom Kläger zur Begründung der erhobenen Klage aufgestellten Behauptungen auf reine Thatsachen verlangt (S. 208), widrigenfalls ein libellus generalis vorliege, welcher den Beklagten zur Verweigerung der Einlassung berechtige und den Richter verpflichte, den Kläger nach eingegangener oder präcludirter Vernehmlassung und, falls nicht durch diese die Fehler der Klagschrift gehoben sind, wenn der Beklagte dieselben

Digitized by Google

nicht rügte, ob generalem libellum angebrachtermaßen abzuweisen. —

2. Die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck und deutscher Rechtsfacultäten in Bezug auf den Beweis im bürgerlichen Processe in Frankfurter Rechtsstreitigkeiten, von Bender (Nr. XIII. S. 388 — 409).

Bereits in Bd. 35 N. VII. hat S. 226-60 Dr. Bender einen Beitrag zur Förderung der Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis dadurch zu liefern sich bestrebt, daß er in seinem Aufsatz „Beitrag zum Proceßrecht, nach Frankfurter Rechtsfällen" in kurzen Sätzen nachzuweisen suchte, wie sich die Gerichte, besonders diejenigen zweiter und dritter Instanz (der oberste Gerichtshof zu Lübeck und deutsche Juristen-Facultäten), aus Veranlassung Frankfurter Rechtsfälle neuerer Zeit über erheblichere Fragen des gemeinen Proceßrechtes ausgesprochen haben.

Nachdem in dieser früheren Abtheilung, wie wir nur summarisch angeben wollen, sehr interessante Mittheilungen über folgende Lehren gemacht wurden — 1) Gerichtsstände — Gerichtsbarkeit 2) Proceßkosten, 3) Klage 4) Vertheidigung des Beklagten — wird in dem vorliegenden behandelt 5) das Beweisinterlocut und zwar I) Beweissatz. Hier sind folgende Sätze auszuheben: a) wo sich die Erfolglosigkeit jedes weiteren Beweisverfahrens und die Absicht des Sachverschleifs deutlich ergibt, ist von der Regel, daß der Richter mit der Nachlassung eines rechtlich erheblichen Beweises einer Partei willfahren muß, eine Ausnahme zu machen. b) Von einem besondern Beweis der Widerklage kann nicht die Rede seyn, wenn sie auf denselben Thatsachen beruht, welche die Grundlage der einen oder anderen Einrede in der Vorklage bilden und hier schon zum Beweis verstellt sind.

II. Beweislast. a) Unerheblichkeit der verneinenden Form; b) cautio discreta und indiscreta. c) Wenn es sich fragt, welche Partei im Proceß die Beweislast in Ansehung des Umstandes treffe, ob die als Kläger aufgetretenen Personen die alleinigen Erben des Gläubigers und die als Beklagte belangten Personen die alleinigen Erben des Schuldners, oder ob außer diesen auf der einen oder andern Seite noch mehrere Miterben vorhanden sind, so bleibt nur übrig, die Beweislast nach dem festzusetzen,

Digitized by Google

was nach dem Sachverhältniß natürlich, zweckmäßig und billig ist, d. h. jeder Theil hat sich über seine eigenen Erbverhältnisse auszuweisen. d) Bei einer exceptio quanti minoris trifft die Beweislast allemal den Empfänger der Waare.

III. Beweisfrist. IV. Probatio per æquipollens.

6) Beweis durch Geständniß I. Ein in Folge Ungehorsams fingirtes Geständniß kann durch den Nachweis des Irrthums nicht beseitigt werden. II. Benützung des vor einer Criminalbehörde abgelegten Geständnisses in einer Civilsache. III. Zugeständnisse vor der Einlassung. IV. Beweiskraft eines außergerichtlichen Geständnisses.

7) Urkundenbeweis. I. Durch Notariatsurkunden, II. durch Manualacten; letztere sind nur gewöhnliche Privaturkunden. III. Vorrecht der Handelsbücher. IV. Edition. V. Recognoscirung oder eidliche Diffession auch bei Urkunden dritter Personen, wobei jedoch, falls nicht anzunehmen steht, daß die producirte Handschrift dem Producten bekannt seyn müsse, ein bloßer Glaubenseid genügt.

Aus Bd. 37 sind folgende Abhandlungen anzuführen:

3. Ueber den Einfluß des Criminalurtheils auf den Civilpunkt von Schäffer (Nr. I. S. 1 — 35). Die sehr klar geschriebene, die oben bezeichneten Standpunkte gleichmäßig beachtende Abhandlung geht davon aus, daß es an gemeinrechtlichen Bestimmungen fehlt, die sich über den vorliegenden Gegenstand in bestimmter, unzweideutiger Weise aussprechen, so daß es nicht fehlen kann, daß sich verschiedene Ansichten bildeten und daß deßfallsige Meinungsverschiedenheit noch in der neuesten Zeit besteht. Es sind die Hauptansichten folgende drei: 1) die Entscheidung des Criminalrichters bildet ein Präjudiz für den Civilrichter; 2) das Criminalurtheil ist als öffentliche Urkunde wirksam, dem Beklagten muß jedoch die Möglichkeit gegeben seyn, diese Wirksamkeit durch Gegenbeweis zu entkräften; 3) das Strafurtheil hat nicht die Eigenschaft einer auch den Civilrichter bindenden oder vielmehr einer auch die privatrechtlichen Folgen des Verbrechens umfassenden Entscheidung.

Sodann wird angeführt, daß die Entscheidungen der deutschen Gerichte sich theils ausdrücklich für die Unabhängigkeit des Erkenntnisses über den Civilpunkt von dem Criminalurtheil ausge-

Digitized by Google

sprochen, theils wenigstens nicht bestimmt dagegen erklärt haben und dieses durch Darlegung einzelner Rechtsfälle nachgewiesen. Am wenigsten Beifall findet bei dem Verfasser die zweite der gedachten Ansichten, während er die erstere vom Standpunkte des Gesetzgebers aus, als dem Rechtsgefühl und der natürlichen Anschauung der Dinge entsprechend, als die sich am meisten empfehlende anerkennt, übrigens, soferne ihr nicht ausdrückliche gesetzliche Billigung zur Seite steht, aus Gründen, welche aus der Verschiedenheit und Unabhängigkeit der Civil- und Criminalsache von einander hergenommen sind, der zuletzt angeführten den Vorzug einräumt. Wenn der Verfasser nun auch dem Straferkenntnisse für sich allein keinen Einfluß auf das Urtheil des Civilrichters gestattet, so verkennt er doch nicht, daß es immer als ein auf gründlichen Nachforschungen beruhender Ausspruch des zuständigen Gerichts über die peinliche Strafbarkeit eines Angeschuldigten sehr dazu beitragen werde, die von dem Civilrichter aus dem ihm dargebotenen Beweismaterial geschöpfte gleiche Ueberzeugung zu befestigen. —

4. Der Zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen in Bezug auf den Beweis in Civil- und Strafsachen, und die daraus entstehenden Nachtheile von Busch (Nr. III S. 63 — 93).

Nach den meisten deutschen Strafproceßordnungen ist, mögen Geschworene oder rechtsverständige Richter entscheiden, jede Beweistheorie verbannt; gewiß lediglich aus dem Grunde, damit die (sogenannte) materielle Wahrheit bei der Beweisaufnahme möglichst erreicht werde.

In den neuen Civilproceßgesetzen und Entwürfen ist dagegen allenthalben die alte Beweistheorie beibehalten.

Dieser Zwiespalt führt zu sehr großen Inconsequenzen, gefährdet die Rechtssicherheit, ist mit der Stellung und Würde des Richteramtes unvereinbar, thut dem Ansehen der Gerichte und der Rechtspflege überhaupt in den Augen des Volkes Eintrag, und ist eine unerschöpfliche Quelle für das Verbrechen des Meineides.

Dieß wird im einzelnen begründet. — Wegen Connexität anticipiren wir hier aus Bd. 38. (Nr. I. S. 1 — 14).

5. Ueber die Uebelstände, welche aus der verschiedenen Beweislehre für Civil- und Strafsachen entstehen, von v. Krämel.

Digitized by Google

Der Aufsatz ist vorzugsweise gegen die oben (Nr. 3) mitgetheilte Ansicht von Schäffer gerichtet. Der Verfasser vindicirt die Beantwortung der Frage ob und von wem ein Verbrechen begangen worden sey, ausschließlich dem Strafrichter, während, was aus der festgestellten strafbaren Handlung civilrechtlich folgt, nur der Civilrichter auszusprechen habe, so daß das rechtskräftige Straferkenntniß im Civilproceß ebenso Beweis mache, wie jedes andere Vorerkenntniß.

Weiter wird sich an die Ausführung von Busch angeschlossen und die Abschaffung des alten Beweisverfahrens verlangt, jedenfalls soll das Antragen des Eides nicht der bloßen Willkür der Parteien überlassen, derselbe vielmehr stets nur als subsidiäres Beweismittel nach dem freien Ermessen des Richters zuerkannt werden. Wir kehren nun zu Band 37 zurück.

6. Beitrag zur Lehre von der Wirkung rechtskräftiger Urtheile von Pfeiffer (Nr. IV. und X. S. 93 — 126, 244 — 270). Obschon diese Lehre zum größten Theile dem Civilrecht angehört, so kann doch das Proceßrecht dieselbe nicht ignoriren, namentlich nicht was die Grundlagen der Erörterung anlangt. Nur mit diesem befassen wir uns daher und umgehen die in Band 38 Nr. XIV. S. 331 — 358 von demselben Verfasser im Anschlusse an die in vorliegender Abhandlung entwickelten Ideen versuchte speciellere Lösung der Frage über die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils: I. wenn der Schuldner mit Unrecht freigesprochen worden ist; II. wenn dem letzten von mehreren Pfandgläubigern mit Unrecht ein Vorzugsrecht vor dem ersten zuerkannt ist.

Die Absicht des Verfassers geht dahin, einige auf dem Boden der Praxis erwachsene Zweifel gegen herrschende Ansichten geltend zu machen, nicht in der Hoffnung die Wissenschaft durch neue Resultate direct zu bereichern, vielmehr in der Erwartung es könne deren Erörterung, mögen sie begründet seyn oder nicht, im weitern Verfolg fruchtbringend werden.

Der Zweifel geht hauptsächlich dahin, ob es eine auf die res judicata gestützte Klage gibt, oder mit anderen Worten, ob die res judicata einen selbständigen Grund für die Entstehung klagbarer Rechte bildet. Einige Beispiele werden angeführt um

Digitized by Google

den Inhalt der aufgeworfenen Frage anschaulich zu machen und zugleich das praktische Interesse derselben zu zeigen.

Theils aus inneren Gründen, theils aus der Geschichte des römischen Proceſſes, und zuletzt hauptsächlich aus den Quellenausſprüchen über den allgemeinen Charakter und die innere Bedeutung der Rechtskraft wird nun der Beweis für die Unzulässigkeit der Begründung einer Klage durch Bezugnahme auf den Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils zu liefern, und als allgemeiner Grundsatz geltend zu machen gesucht, daß die Rechtskraft nur im Wege der Einrede wirksam werden könne, wobei bemerkt ist, daß die Fälle, wo wegen eines besonderen Bedürfnisses außerordentlicher Weise eine positive Erweiterung der Rechtskraft eingetreten sey, den allgemeinen Grundsatz nicht erschüttern. Als Fälle der Art werden bezeichnet: der Streit über den status und der Erbschaftsstreit zwischen verschiedenen Erbschaftsprätendenten. Der Verfasser gibt selbst an, daß ein praktisch befriedigender Abschluß der niedergelegten Ideen, die noch nicht in entsprechender Weise zur Reife gediehen seyen, zur Zeit noch nicht als möglich erscheine.

7. Erfahrungen über die Wirksamkeit der hannoverschen bürgerlichen Proceßordnung vom 8 November 1850 von Oppermann (Nr. XVI. S. 442 — 470 Bd. 38 Nr. II. S. 14 — 57 Nr. XI. S. 238 — 269). Es ist eine möglichst in die Einzelnheiten eingehende Schilderung der praktischen Wirksamkeit der bürgerlichen Proceßordnung für das Königreich Hannover vom 8 November 1850, die wir im Bd. I. S. 307 der Ueberschau kurz charakterisirt haben, bezweckt.

Wir beschränken uns darauf das Gesammtergebniß vorzulegen. Dieses geht dahin: Nach wenigen Jahren wird man aus dem ganzen Lande die untrüglichsten Beweise haben, daß das neue Proceßverfahren eine Wohlthat für das Land war, der finanziellen Opfer, welche die neue Organisation kostete, wohl werth (Bd. 38 S. 41). Wir wollen noch beifügen, daß nach einem Correspondenzartikel der Allgemeinen Zeitung vom 17 Januar, sowie nach einem weiteren vom 24 Februar l. Js. aus Hannover man eine Beschränkung der ausgeworfenen Zahl der Ober- und Amtsgerichte bezielt, welche durch unzureichende Arbeit geboten ist, ein

Digitized by Google

schlagender Beweis für das öffentliche und mündliche Verfahren, das sich in allem Maße bewähre.

Die in Band 38 vokommende Abhandlung von Rau über die Verschiedenheit der Stellung des Beweisverfahrens in dem heutigen gemeindeutschen ordentlichen Processe erwartet ihren Schluß erst in dem noch nicht erschienenen Band 39, und muß daher einer künftigen Besprechung vorbehalten werden. Wir kommen nun zu den bereits oben bemerkten

8. Erörterungen über den neuesten Standpunkt und die Fortschritte der Gesetzgebung über Gerichtsverfassung und bürgerliches Verfahren von Mittermaier. Hieher gehören aus Band 34 Nr. VI. S. 120 — 151; aus Bd. 35 Nr. V. S. 112 — 159. Nr. XV. S. 465 — 484; aus Band 37 Nr. V. S. 126 — 163, aus Bd. 38 Nr. XII. S. 269 — 305 Nr. XVIII. S. 431 — 459.

Es werden die neuesten Gesetzgebungsarbeiten in Frankreich, England, Nordamerika, in der Schweiz, in Piemont, in Oesterreich, in Preußen und in einer großen Anzahl deutscher Bundesstaaten besprochen. Es ist uns geradezu unmöglich, dem Darsteller bezüglich des nur allzu reichen Materials zu folgen; daß sich neben diesem feine Bemerkungen, der Erfahrung entnommene Winke, welche hohe Beachtung bei legislativen Arbeiten auf fraglichem Gebiete verdienen, in großer Fülle finden, braucht kaum erwähnt zu werden. Bei der nach Lage der Verhältnisse nicht unberechtigten und vielfach zu rühmenden Rührigkeit der Gesetzgebung in den meisten deutschen Ländern auf dem Felde des Processes thut es um so mehr noth, daß die Wissenschaft die noch vorhandenen gemeinsamen Elemente festhalte und neue wieder gewinne, dabei insbesondere auch solche für die Arbeiten der Legislation allmählich sich anzueignen bestrebe. Wir wollen hierauf wiederholt aufmerksam gemacht haben.

II. Die Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Ihr erster Band erschien im J. 1828 unter der Redaction von Linde, Marezoll und v. Wening-Ingenheim. Die frühere Folge umfaßt 20 Bde. bis zum Jahre 1844. Vom Jahre 1845 an begann eine neue Folge, und dermalen (März 1856) ist hievon der 13te Band im Lauf. An die Stelle von

Digitized by Google

v. Wening-Ingenheim ist v. Schröter der Redaction beigetreten. Processualische Arbeiten sind: Band 11.

1) Ist der Civilrichter an den Ausspruch des Criminalrichters gebunden und umgekehrt? Von Zimmermann (Nr. II. S. 54 — 84).

Die Frage, welche mit der in Nr. 3 und Nr. 5 unter I. behandelten zusammenfällt, wird nach römischem und canonischem Rechte, nach der Bestimmung der Carolina unter Beachtung des Einflusses der italienischen Praktiker, nach dem französchen Rechte und der Natur der Sache in scharfer gedrängter Darstellung gewürdiget, und als das Ergebniß der Untersuchung aufgestellt: daß sowohl nach dem Geiste der C. C. C. als nach dem französischen Rechte und nach der Natur der Sache der Civilrichter stets an die Aussprüche des Criminalrichters über die von dem letzteren festgestellten Thatsachen gebunden ist, und nur darüber zu entscheiden hat, welche civilrechtlichen Folgen sich an diese Thatsachen knüpfen, mögen die Thatsachen nun in beiden Processen sich gänzlich decken, so daß sie in gleicher Weise allein und ausschließlich in beiden vorkommen, oder mag von dem Strafrichter daneben noch über weitere für das Strafverfahren allein relevante Thatsachen entschieden worden seyn. Umgekehrt ist der Strafrichter nur alsdann an die Aussprüche des Civilrichters gebunden, wenn diese sich über rein civilrechtliche Fragen verbreiten, ohne daß sie für sich allein je Gegenstand der Untersuchung in einem Strafverfahren werden können, und entweder dem Strafverfahren vorausgingen oder in einem bei Beginn des Criminalprocesses bereits anhängigen Civilverfahren erfolgten.

Hieran reiht sich in Bd. 12 Nr. VIII. S. 216 — 246 vom nämlichen Autor eine weitere Erörterung derselben Frage, wobei insbesondere die Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen und die Resultate der Praxis dargelegt, und zuletzt die Sätze aufgestellt werden, welche der Verfasser für nothwendig hält, um das Verhältniß in der Strafproceßordnung näher zu bestimmen, worauf in der Civilproceßordnung zu verweisen wäre. Die in Band 11 zunächst folgende Abhandlung über die dilatorischen Einreden und Proceßeinwendungen von Pfeiffer müssen wir einer späteren Besprechung vorbehalten, da dieselbe die im 12ten Bande verheißene weitere Fortsetzung in

Digitized by Google

den uns vorliegenden beiden ersten Heften des 13ten Bandes nicht gefunden hat, geschweige zu ihrem Ende gelangt ist.

2) Kann einem Meineidigen ein gerichtlicher Eid wirksam deferirt werden? von Schäffer (Nr. IX. S. 280-290).

Die Frage wird verneint, und zur Milderung beigefügt daß, wenn einmal ein Beweisführer, ohne von dem früheren Meineid des Producten Kenntniß gehabt zu haben, diesem sofort und mit Beiseitsetzung sonstiger ihm zu Gebot stehenden Beweismittel den Eid zuschiebe und die Eidesdelation der gegebenen Entwickelung gemäß für unzulässig erklärt werden sollte, dem Producenten die Restitution gegen Ablauf der Beweisfrist, damit er mit seinen ausgeschlossenen Beweismitteln noch zugelassen werde, wohl nicht werde zu versagen seyn.

3) Sind die moderne Einrede und die römische *exceptio* ihrem Begriffe nach verschieden? und was ist der Grund davon? von O. Fhrn von Völderndorff (Nr. X. S. 290 — 305).

Die Form der Urtheile wird als der Grund angegeben, warum heutzutage mehr beklagtische Einwendungen in das Bereich der Einrede fallen, als im römischen Processe, indem bei den Römern dem Kläger das Rechtsverhältniß als solches, bei uns die Thatsachen welche das Rechtsverhältniß bilden, zum Beweise ausgesetzt wurden und resp. werden.

4) Das Verhältniß der Gerichte zu Staats- und Regierungssachen von Büff (Nr. XI. S. 305 — 397). Die Ansichten des Verfassers über die vorwürfige Frage, auf welche wir unten zurückzukommen Gelegenheit haben werden, geht dahin daß, insoweit als der Staat nicht als Privatperson, als Fiscus, sondern in seiner öffentlich-rechtlichen Bedeutung aufgefaßt werden muß, er weder als Kläger noch als Verklagter vor den von ihm angeordneten Gerichten auftreten kann. Diese Ansicht wird „nach gemeingültigen, wissenschaftlichen und Rechtsgrundsätzen zu entwickeln", dann aber auf particularrechtlichem (kurhessischem) Gebiete gewissermaßen die Probe für die gefundenen Resultate in geschichtlicher Erörterung ihrer Entwickelung zu machen versucht. Band 12.

5) Der Platz der Sachverständigen im civilprocessualischen (?) Streite von Brackenhoeft (Nr. IV. S. 111 — 134). Die Erörterung ist gerichtet gegen eine Aeuße-

Digitized by Google

rung in dem oben I. 1. besprochenen Aufsatz von Krüger, daß es (bei der von K. geforderten Klagebegründung) der Aufführung der Sachverständigen als eines besonderen Beweismittels überall nicht bedürfe, weil sie als solches ganz unter den Begriff der Zeugen fallen, und vindicirt den Sachverständigen ihre Stellung mit dem Abschlusse des Beweismaterials.

6) Zur Lehre von der res judicata, insbesondere der Rechtskraft der Entscheidungsgründe; unter Mittheilung von Rechtsfällen von Schäffer. (Nr. IX. S. 247 — 271). Nicht alle richterlichen Erwägungen, deren Endergebniß die Anerkennung oder Abweisung des Klageverlangens ist, sind als der Rechtskraft fähige richterliche Aussprüche zu betrachten, sondern es gehören dahin nur solche Urtheilsmotive welche die, jene Anerkennung oder Abweisung wenigstens mitbestimmende, Entscheidung eines auf das in Frage stehende Rechtsverhältniß sich beziehenden Streitpunktes enthalten, wenn sie auch nicht ausdrückich als solche sich kundgeben und nicht gerade in dem Decisivtheile des Erkenntnisses eine Stelle finden.

Als solche Entscheidungsgründe, welche in Rechtskraft übergehen, weil sie zugleich als Entscheidung sich darstellen, sind Aussprüche des Richters über zur Anwendung kommende Rechtssätze, auch wenn ihnen deßfallsige Parteiverhandlungen vorausgegangen waren, nicht zu betrachten. Ganz eben so verhält es sich mit dem Ausspruch des Richters über die bestrittene Gültigkeit und Publication eines Gesetzes. Aber auch nicht unbedingt jede, das streitig gewordene Faetische, theilweise irrig auffassende, oder als unstreitig betrachtende Erwägung, welche solchergestalt auf das Erkenntniß einwirkt und dadurch eine Beeinträchtigung einer Partei enthält, kann, wenn sie unangefochten bleibt, als entschiedene Wahrheit gelten, namentlich dann nicht, wenn die durch jenen Irrthum oder jene Fehlsicht beeinträchtigte Partei trotzdem keine Ursache hat, durch die Entscheidung in ihrer Gesammtheit sich verletzt zu finden, und darum ein Rechtsmittel gegen diesen einzelnen, eine selbständige Geltung nicht in Anspruch nehmenden Bestandtheil der Entscheidung zu verfolgen. Hiernächst werden vier Rechtsfälle mitgetheilt, welche für die Lehre von der res judicata von Interesse, und namentlich ganz

Digitized by Google

geeignet sind den Begriff und das Wesen der eadem quaestio so wie die Bedeutung der Entscheidungsgründe erkennen zu lassen.

7) Ueber Abwehrung einer Verjährung durch bloße Klaganstellung allein, und wenn ohne ihre (?) Schuld vor Verjährungsende kein *decretum* noch insinuatio erreichbar: was Rechtens? von Ahrens (Nr. XI. S. 319 — 338); es wird nichts neues geboten, die Form ist, wie schon die Aufschrift erkennen läßt, ein wahres Muster der Geschmacklosigkeit.

8) Ueber Veräußerung im Streit befangener Sachen und Rechtsansprüche von Hartter (Nr. XIV. S. 394 — 446). Das Endergebniß ist: die Veräußerung streitiger Sachen und bestrittener Rechtsansprüche an wen immer ist bei uns erlaubt, und ebenso das Auftreten des Nachfolgers im anhängigen Processe; jedoch haftet er für die verursachten Kosten mit der ursprünglichen Partei, welche ihm im Falle des Unterliegens nach Umständen evictionspflichtig wird.

9) Erörterung der Frage: wen trifft nach dem römischen Rechte in der Regel die Beweislast, wenn der Eigenthümer eines Grundstücks den Besitzer einer dasselbe belastenden Servitut mit der actio *negatoria* bespricht? von Reuter (Nr. XV. S. 446 — 474). Das Resultat geht dahin: den mit der actio negatoria besprochenen Besitzer einer Servitut kann der Regel nach nicht, im Widerspruch mit den sonst den beklagten Besitzer bis weiter schützenden Normen, die Beweislast treffen; sondern es liegt vielmehr dem Kläger die proceßualische Pflicht ob, die zur Begründung seiner Klage — daß sein Grundstück nicht mit der streitigen Servitut belastet sey, oder diese dem Beklagten nicht zustehe — erforderlichen Thatsachen, insofern sie von dem Beklagten geläugnet werden, zu beweisen. Bd. 13 H. 1 u. 2.

10) Beiträge zur Lehre von den Einreden und zur Lehre von der Beweislast von Reinhold (Nr. I. S. 1 — 39 Nr. VI. S. 157 — 206). Die Abhandlung bezeichnet sich als einen Versuch, die Lehre von den Einreden und von der Beweislast nicht als für sich bestehende Lehren und abgesondert in das Auge zu fassen, sondern sie als Glieder eines höheren organischen Ganzen zu betrachten, und daher das Hauptgewicht

Digitized by Google

auf ihr Verhältniß zu jenem Ganzen, auf die Stellung und Bedeutung, die ihnen als Gliedern desselben zukommt, sowie auf ihren gegenseitigen inneren Zusammenhang zu legen. Es wird zuerst das Princip zu entwickeln gesucht, nach welchem die processualische Verbindlichkeit zur Anführung und zum Beweis bestimmter Thatsachen zu beurtheilen ist, und hier die Verhandlungsmaxime als Ausgangspunkt hingestellt, sodann endlich zu dem Resultate gelangt: daß eine jede Partei diejenigen Thatsachen anzuführen und zu beweisen hat, woraus sich ihre rechtlichen Anträge im Wege der Schlußfolgerung deduciren lassen. Die speciellen Erörterungen des zweiten Artikels bezwecken die weitere Ausführung und Rechtfertigung des Princips auf verschiedene einzelne Fragen von unmittelbar praktischer Bedeutung: 1) Die Erfüllung einer Obligation, insofern sie als Grund der Aufhebung des Obligationsnexus in Betracht kommt, muß vom Schuldner behauptet und bewiesen werden. 2) In Vertragsverhältnissen muß nicht die culpa, sondern der casus bewiesen werden; umgekehrt muß bei Delictsobligationen der Kläger einen dolus oder eine culpa nachweisen, während der Beweis eines casus nur insoferne von Bedeutung ist, als dadurch der Beklagte den vom Kläger geführten Beweis des dolus oder der culpa widerlegen kann. 3) Bei allen juristischen Handlungen braucht nur der äußere Vorgang ohne Rücksicht auf den innern Zustand dessen, dem die Handlung beigelegt wird, angeführt und bewiesen zu werden. 4) Die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung desselben bedarf keines Beweises. 5) Den wesentlichen Inhalt, die essentialia des Rechtsgeschäftes muß der Kläger im Bestreitungsfalle beweisen, und es kommt hiebei auf dasselbe hinaus, ob der Beklagte ein essentiale des Rechtsgeschäftes oder das ganze Rechtsgeschäft bestreitet. 6) Die Suspensivbedingung ist nicht als eine Nebenbestimmung sondern als essentiale des Rechtsgeschäftes zu betrachten, den Kläger trifft zunächst die Pflicht des Beweises — des Abschlusses des von ihm behaupteten Rechtsgeschäftes, wenn der Beklagte sich auf eine (gleich anfänglich gesetzte) Suspensivbedingung beruft. 7) Die Zeitbestimmungen und Resolutivbedingungen müssen im Bestreitungsfalle von dem Beklagten bewiesen werden. 8) Sind für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes besondere Formen vorgeschrieben, so muß deren Beobachtung nachgewiesen werden, inso-

Digitized by Google

weit dieselben unter den Begriff äußerlicher Merkmale fallen; insoweit sie dagegen nicht zu den äußerlichen Merkmalen gehören, trifft die Beweislast denjenigen, welcher die formelle Gültigkeit des Rechtsgeschäftes bestreitet. 9) Die Ansicht, verneinende Sätze bedürften keines Beweises, ist zu verwerfen. 10) Eine Vermuthung befreit nicht vom Beweis, sie erleichtert nur den Beweis, indem vermöge ihrer gestattet wird, der eigentlich zu beweisenden Thatsache eine andere zu substituiren, aus welcher dann auf die Existenz der eigentlich zu beweisenden Thatsache geschlossen wird. Der dritte Artikel handelt von dem heutigen Begriff der Einreden und von dem Verhältnisse dieses Begriffes zu dem römischen Begriffe der Exception.

Nach einer geschichtlichen Ausführung wird der Begriff der Exception, welchen wir auch nach dem Untergange des Formularproceesses noch im neuesten römischen Rechte vorfinden, festgestellt als der eines selbständigen Rechts des Beklagten, wodurch die Wirkung eines an sich (ipso jure) gültigen Klagerechtes aufgehoben wird, und diesem Begriff eine bleibende Bedeutung, wenn auch nur für das materielle Recht, zugesprochen. Im Sinne des heutigen Proceßrechtes dagegen ist Einrede das Vorbringen einer Thatsache, welche zwar mit dem thatsächlichen Grunde der Klage nicht in Widerspruch steht, jedoch einen anderweitigen rechtlichen Schluß begründet, wodurch der vom Kläger gezogene Schluß, auch wenn er an sich richtig seyn sollte, wieder aufgehoben wird; und so umfaßt der Begriff der Einrede alle Umstände, die der Beklagte anführen und beweisen muß.

Besonders hervorgehoben werden noch die Proceßeinreden, welche sich von den übrigen Einreden nur dadurch unterscheiden, daß sie sich nicht auf die Materialien, sondern auf die Formalien des Processes beziehen. Bildet das Vorbringen des Beklagten einen selbständigen juristischen Syllogismus, so erscheint es als eine Einrede, im anderen Falle ist es nur eine Einwendung im weitern Sinne, welche sich entweder auf den Begriff der rechtlichen Gegendeduction oder auf den der negativen Einlassung zurückführen läßt.

11) Von der Collision des Hauptbeweises und directen Gegenbeweises von Bolgiano (Nr. VII. S. 206 — 240).

Beweis und Gegenbeweis von gleicher Kraft, sofern sie in

Digitized by Google

Ansehung desselben Satzes mit einander collidiren, heben sich gegenseitig auf, was näher nach den einzelnen Beweismitteln, Zeugen und Urkunden ausgeführt und erörtert wird.

III. Archiv für praktische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, des Civilprocesses und des Criminalrechts mit namentlicher Rücksicht auf Gerichtssprüche und Gesetzgebung seit dem Jahre 1852 herausgegeben von Schäffer, Seitz und E. Hoffmann, denen sich später Elvers anschloß. Bd. I.

1) Anwendbarkeit der *exceptio spolii* im heutigen Rechte von Fuhr (Nr. II. I. S. 26 — 32). Die Berechtigung der exceptio spolii als dilatoria im heutigen Proceßrecht wird bestritten.

2) Zulässigkeit objectiver alternativer Klagenhäufung von demselben (Nr. II. II. S. 32 — 38). Dem Kläger steht es frei, gegen einen und denselben Beklagten ein und dasselbe Object gleichzeitig in einer und derselben Proceßschrift, wenn auch nur einmal, aus verschiedenen Verpflichtungsgründen einzuklagen und zu verlangen.

3) Von der Zulässigkeit einer Widerklage gegen mehrere Streitgenossen von demselben (Nr. II. III. S. 38 — 43). Die Gründe für und gegen werden angeführt.

4) Ueber den Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses, an einem Rechtsfalle erläutert von Hoffmann (Nr. VII. S. 108 — 132). Vollständige Erörterung nach römischem, kanonischem und deutschem Proceßrecht.

5) Ueber die Nachlässigkeit und Ungeschicklichkeit der öffentlichen Anwälte als gesetzlichen Restitutionsgrund von Seitz (Nr. VIII. S. 133 — 155).

Die Frage: inwieweit gegen Nachtheile, welche einer Partei im Processe durch die Nachlässigkeit und Ungeschicklichkeit ihres öffentlichen Anwaltes entsprungen sind, Restitution gesucht werden könne, wird aus Veranlassung eines Rechtsfalles ausführlich nach gemeinem Rechte und der großherz. hessischen Gesetzgebung erörtert und dahin beantwortet: So oft sich der öffentliche Anwalt in der Proceßführung ein Versehen (dolus oder culpa) zu Schulden kommen läßt, dergestalt daß nach den über das Mandatsverhältniß geltenden Grundsätzen die Partei ihn mit der Regreßklage auf

Digitized by Google

Schadensersatz belangen könnte, kann auch die Restitution nicht versagt werden.

Hieran reihen wir aus Bd. III. (Nr. II. S. 67 — 78) eine weitere Abhandlung über dieselbe Frage von Emminghaus, worin die Aufstellungen der Organe der Rechtsbildung im Großherzogthum Sachsen-Weimar, dann eine Ausführung der Facultät zu Göttingen in einem Urtheile vom Jahre 1847 in diesem Betreffe mitgetheilt werden.

6) Ueber die Stellung des Contradictors im Concursprocesse, insbesondere dessen Verbindlichkeit, auf einen ihm angetragenen Schiedseid sich einzulassen von Schäffer (Nr. XII. H. 2 S. 43 — 60). Der Contradictor ist Stellvertreter des Gemeinschuldners, es haben daher auch alle Handlungen des Contradictors für den Schuldner verbindende Kraft, und ebenso sind die Gläubiger an Urtheilssprüche gebunden, welche auf von dem Contradictor Namens des Cridars gepflogene Verhandlungen erfolgt sind, so lange nicht sie oder der Cridar aus besonderen Gründen Restitution dagegen zu erwirken vermögen. In Ermangelung sonstiger Beweismittel kann der Contradictor nicht nur selbst seinem Gegner einen Eid zuschieben, sondern er ist auch auf dessen Eidesdelation und Eideszurückschiebung sich einzulassen verbunden.

7) Ueber den Gerichtsstand für Entscheidungen wegen Erbschaftsabgaben von Emminghaus (Nr. XVIII. H. 3 S. 1—12). Es wird die Ansicht vertheidigt und an einigen Rechtsfällen veranschaulichet, daß, wiefern nicht Landesgesetze bestimmt das Gegentheil verordnen, das Wohnortsgericht des Erblassers als incompetent zur Entscheidung wegen Erbschaftsabgaben von dem ausländischen Erben nicht angesehen werden darf, und daß es insbesondere nicht statthaft ist, in jener Frage Justizconventionen bei der Auslegung gleichsam feindselig als jus singulare aufzufassen.

Bd. II. 8) Beitrag zur Lehre von den Gegenständen des Civilprocesses (Nr. I. S. 1 — 15); weiterer Beitrag in Bd. III. Nr. VIII. (S. 206 — 219) von dem Erstatter des gegenwärtigen Berichtes. Vor allem wird auf die Schwierigkeit der Lehre aufmerksam gemacht, die sich aus dem Mangel einer Bestimmung über den Begriff der Civilproceßsachen in den

Digitized by Google

deutschen Reichsgesetzen und daraus ergibt, daß auch wahre Regierungshandlungen selbst von Seite ihrer staatsrechtlichen Zulässigkeit Gegenstand der Cognition der Reichsgerichte waren, vermöge des Subordinationsverhältnisses der Landeshoheit unter die in den Reichsgerichten repräsentirte Reichsgewalt.

Heutzutage gehören zu den Civilproceßsachen nur die dem Privatrechtsgebiet anheimfallenden Individualrechte der Staatsgenossen. Es können in Bezug auf Verhältnisse, die an sich dem öffentlichen Rechte angehören, durch privatrechtliche Acte Privatrechtsverhältnisse gegründet seyn, die Streitigkeiten über die Existenz und die Folgen dieser letzten sind dann wahre Civilproceßsachen.

Handelt es sich um den Einfluß von Acten der Regierungsgewalt auf Privatrechtsverhältnisse, so ist der Act der Regierungsgewalt als solcher der Cognition der Civilgerichte entrückt; letztere sind nur zu einem Ausspruch darüber berechtiget, daß die an sich begründeten Rechtsverhältnisse jenes Actes ungeachtet bestehen, oder daß für die verletzten oder entzogenen Privatrechte Entschädigung zu leisten sey. [1])

Neun Rechtsfälle dienen zur Veranschaulichung. Die werthvolle Schrift von Brater: Studien zur Lehre von den Gränzen der civilrichterlichen und der administrativen Zuständigkeit mit besonderer Rücksicht auf bayerisches Recht, Nördlingen 1855, war zur Zeit der Abfassung der Abhandlungen noch nicht erschienen.

9) Die Lehre von der Litisdenunciation von Fuchs (Nr. XV. S. 333 — 424 Bd. III. Nr. I. S. 1 — 67). Eine wohl nur zu ausführliche Darstellung der ganzen Lehre von der Litisdenunciation.

Bd. III. 10) Zur Lehre von dem zusammengesetzten Beweis im Civilproceß von dem Berichterstatter (Nr. XIV. S. 337 — 346). Eine vollständige Probe durch eine zusammengesetzte Beweisführung kann nur dann als geliefert angenommen werden, wenn ein jedes der einzelnen Beweismittel für sich mindestens halben Beweis bildet; im entgegengesetzten Falle muß auf einen nothwendigen Eid erkannt werden.

Außer dem hier angeführten bieten der zweite und dritte Band noch bemerkenswerthe Entscheidungen oberer Gerichte über

[1]) Vergl. auch Pözl in der krit. Ueberschau. Bd. II, S. 441 ff.

Digitized by Google

mehrere processualische Fragen mit gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe, welche einzeln hervorzuheben uns zu weit führen würde.

IV. Die Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Befeler, Reyscher und Wilda, bringt in den drei letzten Bänden (13, 14 und 15) aus den Jahren 1852, 1853 und 1855 nur eine Abhandlung, welche speciell hieher einschlägt, nämlich Bd. 15. Nr. III. S. 82—125. Die Gerichtsverfassung des Sachsenspiegels von Otto Stobbe.

Um die Gerichtsverfassung, welche der Verfasser des Sachsenspiegels vor Augen hatte, näher zu erläutern, wird eine Vergleichung zwischen den Institutionen der früheren Zeit, wie sie durch Karl den Großen zu ihrer abgerundeten und eigenthümlichen Gestalt gekommen und in seinen Gesetzen am klarsten und bestimmtesten dargelegt sind, und den Nachrichten, welche wir dem Sachsenspiegel verdanken, vorgenommen und zugleich versucht, ob sich die vielen Zweifel, welche der Sachsenspiegel, wenn man ihn allein der Untersuchung unterwirft, zurücklässt, durch eine Vergleichung mit den Gerichtsverhältnissen einzelner Territorien, insbesondere der Mark Brandenburg und Westphalens lösen lassen.

Von diesem Gesichtspunkte aus werden im Einzelnen besprochen: der Königsbann — das Gericht des Grafen — der Gerichtsstand der Schöffenbaren — das Gericht der Schultheißen und das Gericht des Bauermeister und Grafen.

V. Die kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, herausgegeben von Mittermaier, R. Mohl und Warnkönig, kann auf den gemeinen deutschen bürgerlichen Proceß nur insoweit bezogen werden, als in ihr die doctrinelle und legislative Thätigkeit des Auslandes auf dem Gebiete des Processes zur Sprache kommt; und insoweit ziehen wir auch dieselbe in den Kreis unserer Erörterungen.

Bd. 25. 1) Das Gesetz des Staates Massachusetts betreffend die Verbesserung des Civilprocesses vom 22. Mai 1851, dargestellt von Rüttimann (Nr. I. S. 1—22). Von dem Gesetze, welches sich nicht mit dem Proceß in seinem ganzen Umfange, sondern nur mit einzelnen Abschnitten desselben, namentlich mit der Einleitung des Verfahrens, mit dem Contumacialverfahren, mit den Parteischriften, mit dem Zeugen-

Digitized by Google

beweise sowie mit dem Rechte der Parteien, sich gegenseitig Fragen vorzulegen, und gewissen Specialproceduren befaßt, werden diejenigen Vorschriften, welche ein wissenschaftliches oder praktisches Interesse darbieten, möglichst vollständig mitgetheilt und umständlich besprochen.

Bd. 26. 2) Das englische Gesetz vom 30. Juni 1852 betreffend die Verbesserung des Verfahrens vor den höheren Rechtshöfen zu Westminster und in den Pfalzgrafschaften Lancaster und Durham von Rüttimann (Nr. X. S. 171 — 195. Nr. XXII. S. 361 — 374).

Die einzelnen Bestimmungen dieses Gesetzes, welches nicht eine vollständige Civilproceßordnung enthält und nicht das Wesen der Gerichtsorganisation umgestalten wollte, sondern bloß die Durchführung einzelner Verbesserungen beabsichtigte, werden angeführt, und bemerkt daß dasselbe sich durch das ehrenwerthe Bestreben auszeichne, das Verfahren kürzer, einfacher und wohlfeiler einzurichten und ganz besonders die vielen Klippen zu beseitigen, an denen früher das materielle Recht scheitern konnte. „Der Formalismus, um dessen willen der englische Civilproceß geradezu berüchtiget war, ist nun jedenfalls gebrochen, und man kann keck behaupten, daß kaum irgend eine andere Proceßordnung mit eben soviel Ernst und Energie darauf hinarbeitet, das Auseinandergehen des materiellen und formellen Rechtes zu verhindern." Als dringendes Bedürfniß wird dargestellt, die Bruchstücke des althergebrachten Rechtes, welche immer noch Geltung haben, und die vielen neueren Gesetze, welche nach und nach die gerichtliche Organisation und das Verfahren umgestaltet haben, durch Codification oder wenigstens durch eine einigermaßen geordnete Zusammenstellung zu consolidiren.

3) Das Kanzleiverfahren in Nordamerika von Biener (Nr. XIII. S. 234— 240). Anknüpfend an: *Introduction into American law by Timothy Walker.* Cincinnati 1844, hebt der Verfasser vorzüglich den Punkt der Civiljury hervor. Wir reihen daher hier an:

4) Der neue englische Gesetzentwurf über Schwurgerichte in Civilsachen und über die Beweislehre von Mittermaier. (Nr. XXVII. S. 462 — 481.) Die Darstellung beschäftigt sich mit dem Commissionsbericht über die Ver-

Digitized by Google

besserung des Verfahrens in der Beweisinstanz und der Beweislehre. Als das wichtigste heben wir aus, daß die Commission, aus den ausgezeichnetsten Juristen Englands bestehend, ihre Ueberzeugung ausspricht, die Jury wirke im Allgemeinen gut und genieße das Vertrauen des Publicums. Sie schlägt deßhalb vor, die Geschworneneinrichtung beizubehalten, aber den Parteien zu gestatten, wenn sie übereinstimmen, die Entscheidung auch über den Beweis der Thatsachen dem Gerichte zu überlassen, und in Rechnungssachen den Richter zu ermächtigen, auch auf Antrag einer Partei oder von Amtswegen, wie er es in dem Falle passend findet, die Entscheidung einem Beamten des Gerichts oder einem Arbitrator zu übertragen.

5) Die englischen Grafschaftsgerichte, nach ihrer Wirksamkeit und dem Gange des Verfahrens geschildert von Torrent (Nr. XXIV. S. 389 — 420 und Bd. 27 Nr. V. S. 90 — 113). Bei der Einführung der neuen Grafschaftsgerichte wurde der Beizug der Geschwornen in der Art beschränkt, daß sie dann wegfallen, wenn der Werth des Streitgegenstandes in gar keinem Verhältnisse mehr stünde zu dem Kostenbetrag, der dadurch veranlaßt würde, oder wenn die Parteien keine Geschwornen verlangen, und der Richter zu seiner Aufklärung keine zu bedürfen glaubt.

Mit Einführung der County-Courts ist der erste Schritt und Versuch gemacht worden, die Gerichtsverfassung nach einem gemeinschaftlichen Plan für das ganze Land einzuführen.

Die Beamten des Gerichts bestehen aus dem Richter, dem Schatzmeister oder Obereinnehmer (für das Oekonomische und Finanzielle), dem Gerichtsschreiber und dem Oberwaibel. Die ziemlich complicirte Zuständigkeit wird im Einzelnen ausführlich dargestellt, ein gemeinsames Princip hiefür jedoch nur insoweit angegeben, daß die Grafschaftsgerichte zuständig sind für alle persönlichen Klagen und Forderungen, welche den Betrag von 50 Pfund nicht übersteigen. Für das Verfahren gelten die Vorschriften und allgemeinen Grundsätze des Verfahrens bei den höheren Gerichten von Westminster, jedoch mit Beseitigung aller Förmlichkeiten, der Zwischenbescheide und der mündlichen Rechts- und Thatausführungen. Der Satz, qui excipit non fatetur, gilt in England nicht.

Digitized by Google

Das englische Gerichtsverfahren, welches im Einzelnen dargestellt wird, kennt keine richterliche Beweisauflage, kein Beweiserkenntniß, sondern überläßt alles dieß den Parteien, welche die Beweise für ihre Behauptungen von selbst beizubringen haben.

Bd. 27. 6) Ueber das englische Gesetz „für fernere Verbesserung des Verfahrens und für Erweterung der Befugnisse der höheren Rechtshöfe in Westminster und in den Pfalz-Grafschaften Lancaster und Durham" (17. u. 18. Vict. cap. 125. — 12. August 1854). von Rüttimann (Nr. XV. S. 323—343). Das Gesetz enthält in 107 Artikeln eine Menge von Vorschriften, welche nur das gemein haben, daß sie sich alle auf das Verfahren bei den Westminstergerichten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten beziehen. Diese werden im Einzelnen besprochen, wobei der Verfasser am längsten bei §. 1 des Gesetzes verweilt, wornach in Zukunft bei der Beurtheilung von Thatfragen die Mitwirkung einer Jury entbehrlich ist, wenn die Parteien durch eine schriftlich abgefaßte und von dem Gerichte genehmigte Uebereinkunft diesem die Entscheidung des Streitpunktes übertragen. Sein Spruch, bei welchem er durch das Beweisrecht nicht mehr und nicht weniger gebunden ist, als die Geschworenen es auch sind, hat sodann nicht nur die gleiche, sondern sogar noch stärkere Kraft als das Verdict einer Jury. Denn das letztere kann auf den Antrag der unterliegenden Partei auf die Seite gesetzt werden, wenn es mit dem Ergebnisse der Beweisführung in grellem Widerspruch sich befindet. Gegen den Entscheid des Richters hingegen, welchem die Parteien die Erledigung einer Thatfrage übertragen haben, findet ein ähnliches Rechtsmittel nicht statt.

VI. Der Gerichtssaal, Zeitschrift für volksthümliches Recht, seit dem Jahre 1854, mit dem wir beginnen, herausgegeben von v. Arnold, Hye und Schwarze.

Jahrg. 1854. Bd. I. 1) Geschichtliches über die Reform der Civilrechtspflege in Bayern von v. Völderndorff (Nr. XXIV. S. 356—385). Seit dem Ende des Jahres 1852, wo diese geschichtliche Darstellung niedergeschrieben wurde, ist interessantes Material zu einer Fortsetzung geliefert worden, die Durch-

Digitized by Google

führung der Reform aber, von welcher der Verfasser schon damals meinte, sie würde mindestens nicht als ein übereiltes Werk erklärt werden können, noch nicht in das Leben getreten.

2) Betrachtungen über Gesetzgebungsangelegenheiten insbesondere Civilproceß von Friedreich (Nr. XXXII. S. 453 — 474). „Es ist von höchstem Interesse, einem gerichtlichen Verfahren Geltung zu verschaffen, welchem entschieden ein moralisches Princip zu Grunde liegt, bei welchem Erforschung der Wahrheit, als eine der beiden Hauptaufgaben des Processes, sicherer als es bei der Verhandlungsmaxime des deutschen Processes möglich ist, erzielt zu werden vermag." Von diesem Grundgedanken aus werden die Bedenken gegen die Untersuchungsmaxime, die einzeln angeführt werden, zwar für nicht unerheblich, aber für keinenfalls so gewichtig erklärt, um die großen Vortheile dieser Maxime aufzuwiegen.

Zu den Consequenzen der Untersuchungsmaxime wird von dem Verfasser die Befreiung des Richters von den Fesseln gesetzlicher Beweisregeln gerechnet, mit dem Beifügen, aus dem Umstande, daß gesetzliche Beweisregeln im Strafprocesse allgemein als unhaltbar erkannt und abgeschafft sind, folge in doppelter Rücksicht die Zweckmäßigkeit der Abschaffung derselben in Civilsachen, einmal weil solche Beweisregeln der Natur des Civilprocesses noch weniger angemessen seyen, als jener des Strafprocesses; sodann, weil es gewiß als ein großer Uebelstand erscheine, daß in beiderlei Verfahren verschiedene Principien bezüglich der Beweisführung herrschen. Alles dieß wird näher begründet und gegen mögliche Einwendungen sicher gestellt.

Band 2. 3) Ueber die Folgen der Versäumnisse an Nothfristen in ihrer Beziehung zur moralischen Stellung des Sachwalters, und Vorschläge zu deren Abwendung im Wege der Gesetzgebung von Schmidt (Nr. XXIX. S. 458—475). Um die nach allen Seiten hin Unheil bringenden Regreßprocesse der Clienten gegen ihre Sachwalter zu beseitigen, soll

a) bei solchen Handlungen, welche eine Partei unmittelbar vorzunehmen hat, wie z. B. die Leistung eines Eides, die Ladung zu deren Vornahme der betreffenden Partei unmittelbar, nicht ihrem Sachwalter behändigt;

Digitized by Google

b) bei andern Handlungen, welche der Sachwalter für die Partei vornehmen kann, wenn sich der Sachwalter der betreffenden Partei an deren Vornahme versäumt hat, die Partei selbst durch das Proceßgericht von dieser Versäumniß in Kenntniß gesetzt und ihr dabei die Nachholung der unterbliebenen Handlung binnen ebenmäßiger Frist, unter Hinweisung auf die Folgen einer Versäumniß daran, aufgegeben und resp. nachgelassen werden.

Jahrgang 1855. Band 1. 4) Vergleichende Besprechung der in Oesterreich in Wirksamkeit bestehenden Civilproceßordnungen mit besonderer Berücksichtigung der provisorischen Civilproceßordnungen in Siebenbürgen c. a. vom 3. Mai 1852 und für Ungarn c. a. vom 16. Sept. 1852 von Hickisch (Nr. X. S. 152 — 161. Nr. XVI. S. 235 — 241. Nro. XXIII. S. 314 — 321. Nr. XXVIII. S. 393 — 401. Nr. XXXIV. S. 474 — 480 und Band 2 Nr. IV. S. 56—76). Es wird zuerst die erkleckliche Anzahl der in Oesterreich zur Zeit der Abfassung des Aufsatzes geltenden Civilproceßordnungen nach der Zeitfolge ihres Erscheinens aufgeführt, sodann werden die wesentlichen Neuerungen und Verbesserungen, welche die Proceßordnungen für Siebenbürgen und Ungarn in reichem Maße bieten, hervorgehoben und einer nähern Besprechung unterzogen.

Bd. 2. 5) Der englische Civilproceß von Torrent (Nr. II. S. 31 — 49. Nr. VII. S. 108 — 124. Nr. XII. S. 180 — 198. Nr. XVII. S 266 — 282. Nr. XXIII. S. 350 — 366. Nr. XXVIII. S. 403 — 430). Wir haben bereits in Band III. S. 324 gegenwärtiger Zeitschrift darauf aufmerksam gemacht, daß, um fruchtbringend zu seyn, die Darstellung des englischen Processes sich mehr an die des deutschen oder französischen Verfahrens, als an etwas bekanntes, anschließen müßte, als dieß bei der hier gebotenen der Fall ist, was freilich bei der wenig systematischen Natur seine besonderen Schwierigkeiten hat. Nach den Schlußbemerkungen des Verfassers bestehen die Vorzüge der englischen Rechtspflege

a) in der Einheit, Sicherheit und Gewißheit des Rechtes. Die Concentrirung aller Gerichtshöfe in Westminster-Hall bewirkt, daß es in England eigentlich keine Streitfragen im Rechte, sondern bloß neue Fragen gibt, ob der einzelne neue Fall in

Digitized by Google

seinen Besonderheiten nach einem der bestehenden Grundsätze seinem ganzen Inhalte nach zu entscheiden ist, oder ob besondere Umstände eine modificirte Anwendung rechtfertigen. Jeder dieser neu entschiedenen Fälle wird dann für die Zukunft zur Autorität, ohne wieder stets der Kritik unterworfen zu werden;

b) in der Richtung, das materielle Recht gegenüber dem bloß formellen Recht zu fördern, was namentlich durch die Abschneidung aller formellen Beweisverhandlungen, Abhör der Parteien als Zeugen und die Zuziehung von Geschwornen erreicht wird;

c) in der Sorgfalt und Genauigkeit, mit welcher der englische Proceß jeder Partei die Kosten aufwälzt, welche sie unnöthigerweise veranlaßt hat;

d) in der möglichsten Trennung der Rechts- von den Thatfragen.

„Nur dadurch ist es möglich, daß in England 15 — 18 Richter die jährlich auftauchenden Rechtsstreitigkeiten in einer Anzahl von 80,000 — 120,000 auf eine so befriedigende Weise erledigen können."

Von der großen Summe von Processen kommen nach der Angabe des Verfassers sicherlich durchschnittlich nicht mehr als acht Fälle zur Oberappellation, und verhältnißmäßig im Vergleich mit Deutschland sind selbst die Appellationen zur 2. Instanz sehr selten.

„War früher die englische Justiz in Civilsachen durch ihre Langsamkeit, Förmlichkeit und das damit verbundene Chikanenwesen sprüchwörtlich in Europa geworden, so kann sie doch jetzt seit der neuen Proceßordnung vom Jahr 1852 auch in Bezug auf Schnelligkeit mit der Justiz jedes andern Landes rühmlich verglichen werden."

Die Nachtheile der englischen Einrichtungen bestehen nach Torrent hauptsächlich in der außerordentlichen Kostspieligkeit sowohl für die Regierung als für die Betheiligten; nach seiner Ansicht wäre das Ideal menschlicher Justiz erreicht, wenn man die deutsche Wohlfeilheit mit den Hauptvorzügen der englischen Rechtspflege vereinigen könnte.

VII. Aus der Zeitschrift für schweizerisches Recht, herausgegeben von Ott, Schnell und Wyß, und zwar vom Jahrgang 1855, vierten Bandes erstes Heft, S. 46 — 82. heben wir aus:

Digitized by Google

In welchem Sinn ist eine Reform des Züricherischen Civilprocesses wünschbar? von v. Wyß.

Die Abhandlung, welche erklärt lediglich aus dem unmittelbaren Eindrucke der Praxis hervorgegangen zu seyn, und ausschließlich das zürichetische Gerichtswesen im Auge zu haben, hat eine Anwendbarkeit auch auf die Länder des gemeinen deutschen Civilprocesses, weil die Grundlagen des bisherigen Verfahrens und die Klagen über dessen Mängel dieselben sind.

Als entscheidend für die Frage über den Umfang der Reform, welche v. Wyß nur in beschränkter Weise und in möglichstem Anschluß an den von uns in Bd. I. S. 305 ff. besprochenen Entwurf von Finsler durchgeführt wissen will, werden vorzugsweise zwei Punkte als diejenigen hervorgehoben, auf welche es hauptsächlich ankomme. Einmal darauf, ob eine untersuchende Thätigkeit des Richters eingeführt und das reine Verhandlungsprincip aufgegeben werden soll? Und sodann zweitens darauf, ob in die Gerichtsorganisation das Geschwornengericht auch für Civilsachen aufgenommen werden soll? Beide Fragen verneint v. Wyß.

Der Gang der Entwickelung ist in Bezug auf die erste Frage im Ganzen folgender. Die Handhabung wahrer Gerechtigkeit verlangt individuelles Eingehen auf jeden einzelnen Fall, und nicht bloß Anwendung allgemeiner, abstracter Regeln. Allein deßhalb kann nicht der ganze Bau von Regeln und Formen, wie ihn die Wissenschaft und Erfahrung von Jahrhunderten zu Stande gebracht hat, über den Haufen geworfen werden; vielmehr ist die Aufgabe nur die, den bindenden Formen die rechte Stelle anzuweisen und sie so zu gestalten, daß für selbstständige Bewegung und Thätigkeit zwar ein freies Feld besteht, dieses aber in bestimmter Abgränzung von selbst die Bahn für zum Ganzen passende Wirksamkeit anweist und störende Uebergriffe verhindert. Als regelmäßige Grundlage für den Civilproceß zeigt sich der Natur seines Gegenstandes gemäß die bestimmte Schranke des Verhandlungsprincips, soferne dasselbe nicht in übertriebene Consequenzmacherei ausartet, als angemessen und wohlthätig.

Zu den Beziehungen, für welche die Theorie, nicht bloß eine schlechte Praxis, das Verhandlungsprincip zu weit ausgedehnt hat, gehört die bisherige große Beschränkung des Rechtes, Edition von

Digitized by Google

sachbezüglichen Urkunden, die im Besitze der Gegenpartei sich befinden, zu verlangen; sodann das wissentliche Vorbringen von Lügen und Unwahrheiten, wo wenigstens disciplinarisch weit schärfer eingeschritten werden könnte und sollte, als es gegenwärtig geschieht, und wobei die bequeme Ausflucht der Anwälte, sie seyen mangelhaft instruirt gewesen, mindestens mit Bezug auf die Parteien selbst völlig wirkungslos bleiben sollte.

Rücksichtlich der zweiten Frage wird vorzugsweise geltend gemacht, daß, je mehr der von den Geschworenen verlangte Wahrspruch nicht bloß thatsächliche, sondern auch rechtliche Fragen betrifft, und jemehr selbst bei rein thatsächlichen Fragen der Beweis weniger durch Zeugen als durch Urkunden geführt werden muß, jemehr besonders derselbe Rechnungsverhältnisse betrifft, desto weniger — rein technisch genommen — das Institut sich bewährt.

Reiche Ausbeute für civilprocessualische Materien würden uns noch gewähren jene Zeitschriften, welche zunächst sich nur mit der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft in den einzelnen deutschen Particularstaaten beschäftigen; doch wir müssen uns dießmal beschränken, und behalten uns vor, künftig die Leistungen der im Laufe befindlichen Jahrgänge dieser Zeitschriften auf dem Gebiete des Civilprocesses von Zeit zu Zeit vorzuführen, und hiebei auch die hier zunächst durch die Masse des zu bewältigenden Stoffes gesetzten Schranken eines bloßen Berichterstatters nicht zu überschreiten.

Derselbe Vorbehalt soll auch für jene Zeitschriften gelten, welche sich vorzugsweise oder ausschließlich die Mittheilung von Entscheidungen der Gerichtshöfe zur Aufgabe gestellt haben, soweit nämlich solche den Civilproceß nach gemeinem Rechte betreffen.

Dr. Lauk.

---

2) Juristische Zeitschriften in Oesterreich.

Um die Bedeutung richtig zu würdigen, welche die der Jurisprudenz und Rechtspflege gewidmeten periodischen Blätter in Oesterreich haben, muß man sich erinnern, daß in diesem großen

Digitized by Google

Reiche vor kurzem sowohl der Gerichts-Organismus, als auch die Gesetzgebung eine tiefgreifende Umgestaltung erfahren hat. Ein solcher gewaltiger Proceß, der die Geister bis in den tiefsten Grund bewegt, bringt neue literarische Bedürfnisse zum Vorschein; und wenn gleich gelehrte Werke, die einen größeren Gegenstand erschöpfen und auf ruhiges Studium berechnet sind, für den wissenschaftlichen Juristen immer unentbehrlich bleiben, so sind es doch in solchen Zeiten der Reform nicht sie, welche jenem neuen Bedürfnissen genügen können. Es bedarf eines rascheren Vermittlers der Gedanken, und den Dienst eines solchen vermögen nicht einmal Monat-Schriften zu leisten — die Jurisprudenz baut sich unwiderstehlich zur Versammlung und zur Erörterung ein Haus in der Tagesliteratur. So ging es auch in Oesterreich. Bald nach dem Eintritte des Umschwunges in seinem Rechtswesen tauchten Zeitungen auf, und zogen die Fragen über Auffassung und Anwendung der zum großen Theile neuen Gesetzgebung, deren Principien und besondere Bestimmungen in ihr Gebiet, theilten die Urtheilssprüche der Instanzen mit und gaben Fingerzeige, in welches Verhältniß zu einander Praxis und Theorie sich stellen sollen. Sie leisteten aber nicht nur das, sondern gaben auch ein Bild davon, wie die neuen Formen gehandhabt werden, sie schilderten die Theilnahme der einzelnen Organe an dem gemeinsamen Werke, die Lebendigkeit und den Eifer, womit sie das Gesetz in Ausführung brachten, sie zeigten die abstracten Regeln des Gesetzes mit Fleisch und Bein des wirklichen Lebens ausgefüllt, und die Belehrung war um so fördernder, da sie personificirt und individualisirt sich der klaren Anschauung aufdrängte.

Dadurch erlangten die periodischen Organe der Rechtspflege eine eigenthümliche Bedeutung, welche es wohl rechtfertigt, daß wir unsern Blick auf ihre Leistungen lenken und sie übersichtlich zu charakterisiren suchen.

Vor allen anderen gedenken wir, wie billig, der in Wien erscheinenden

Allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung.

Sie erscheint seit September 1850 und füllt bereits sechs Quart-Bände. Eingeleitet wurde sie mit folgenden Worten:

„Die österr. Rechtspflege ist mit 1 Juli 1850 bei dem entscheidendsten Wendepunkte ihrer Umgestaltung angelangt. Das alte Gerichtswesen, ein morscher Ueberrest der überwundenen Epoche allgemeinen Verfalls, wird beseitigt, und ein neuer Bau steigt em-

Digitized by Google

vor. In diesem wichtigen Augenblicke ist es eine ernste Pflicht, dem großen Werke durch Aufbietung aller Kräfte den möglichst guten Erfolg zu sichern. Das richtige Verständniß zu eröffnen, den guten Willen anzuregen und beides durch Darbietung praktischer Hülfsmittel zu fördern, das ist es, was vor allem noth thut, und was kaum ohne energische Mithülfe der Presse erreicht werden kann. Wenn sich ein eigenes Organ für die Rechtspflege schon deßhalb als ein Bedürfniß darstellt, so gilt dieß von Oesterreich mehr als von irgend einem andern Staate, weil die Ungleichartigkeit der Elemente in einem so ausgedehnten Bereiche zu abweichenden Auffassungen führen müßte, insofern nicht Sorge getragen würde, daß eine unmittelbare Wechselwirkung aus dem Mittelpunkte nach allen Richtungen und umgekehrt stattfinde."

Seit jenem 1 Juli hat sich nun allerdings viel verändert. Zuerst wurde die begonnene Organisirung zwar fortgesetzt, späterhin aber nahm man die Reorganisirung in Angriff und führte sie im ganzen Gebiete des Kaiserthums durch, so daß sie seit 29 Sept. 1855, an welchem Tage sie in Galizien, Lodomerien und in der Bukowina ins Leben trat, als beendet betrachtet werden kann. Dieser Zeitraum vom 1 Juli 1850 bis 29 Sept. 1855 war die Zeit einer tiefgreifenden Metamorphose, und in der Gerichtszeitung haben sich die einzelnen Phasen derselben krystallisirt; deutlich genug sehen wir in ihr das Spiegelbild einer in raschen Umwandlungen begriffenen Periode. Dadurch hat dieses literarische Unternehmen eine historische Bedeutung gewonnen, welche ihm auch dann gesichert bliebe, wenn es diese dem juristischen Materiale, das sich darin allgemach sammelte, nicht zu verdanken haben sollte.

Der künftige Historiker wird nicht umhin können, seinen Blick darauf zu richten, um sich vor Irrthümern zu bewahren, welchen er sonst über die Motive der durchgeführten Veränderungen vielleicht Raum geben möchte. Die nachrückende Generation von Juristen, welche dieß alles nicht selbst mit erlebte, wird noch nach Jahren, wenn man bis dahin nicht etwa die Pfade der ersten Organisation wieder zu betreten angefangen haben sollte, vor diesen Spiegel hintreten müssen, um sich ein Bild zu schaffen von den öffentlichen Verhandlungen vor dem Cassationshofe und vor den Schwurgerichten, vor den Appell-Höfen und den ersten Instanzen, wo der Richter überall das Urtheil auf Grundlage der vor seinen

Digitized by Google

Augen entwickelten lebendigen Procedur zu schöpfen in der Lage war, — sie wird aber auch das lebhafte Interesse begreifen, welches die dabei betheiligten Organe fähig machte, mit unläugbarer Gewandtheit sich der neuen Formen schnell zu bemeistern und sich in denselben sicher zu bewegen.

Ein modificirtes Gesammtbild bieten nun die neuen Gerichts-Institutionen in der gegenwärtig durchgeführten veränderten Gestalt dar. Ihre bedeutsamste Eigenschaft liegt in dem Gedanken, den sie aus der ersten Organisirung empfangen haben, den die neueste Zeit allmählich verwirklicht hat, sie liegt in ihrer Geltung auf dem Gebiete der ganzen Monarchie. Sie sind durch diese Eigenschaft nicht die unwichtigsten Träger der Reichseinheit geworden, deren Bewußtseyn und Gefühl kaum durch irgend etwas anderes mächtiger unterstützt wird, als durch diese Gemeinsamkeit des Rechts und der Gerichte. Im übrigen läßt sich das Gepräge des neuesten Organismus dahin zusammenfassen: im Civilrecht und Proceß ist die Josephinische und Franzisceische Gesetzgebung auf das ganze Reich ausgedehnt; im Strafrechte sind die Principien der Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und des Anklage-Systems zwar erhalten, jedoch keines ohne Verminderung. Die Mündlichkeit ist auf die ersten Instanzen beschränkt, die Oeffentlichkeit ist halb, und das Anklage-Princip bedingt. Der Cassationshof hat der dritten Instanz Platz gemacht, und sowohl sie als die zweite Instanz urtheilt aus den Acten und bestätigt zuweilen, ändert aber auch das Urtheil, welches von demjenigen Richter gefällt wurde, vor dessen Augen der Angeklagte erschien. Der Richter urtheilt zwar auf Grundlage seiner Ueberzeugung, doch ist er gebunden durch das Vorhandenseyn eines gesetzlichen Beweis-Schema; diese Ueberzeugung des ersten Richters, die er aus der Anschauung schöpft, ebenso wie die Meinung über das Vorhandenseyn des formellen Beweises wird von der zweiten und dritten Instanz der Prüfung und Verbesserung unterzogen ohne eigene Anschauung, nur aus den Acten. —

Diesem veränderten Gesammtbilde gemäß hat sich denn auch die Gerichtszeitung anders gestaltet als sie in den ersten Jahren war, und diese Gestalt ist es, in der wir sie gegenwärtig auf ihr juristisches Publicum wirken sehen, in der Absicht und im Bestreben durch eine gemeinsame Doctrin und eine sich wechselseitig contro-

Digitized by Google

lirende Praxis das Gute, das in den neuen Institutionen liegt, zu befestigen, und das Bessere, das fehlt, vorzubereiten.

Wenn wir nun eine Musterung des Materials vornehmen, welches in diesem Organe sich gesammelt hat, so finden wir im wesentlichen das Inventarium in folgender Weise bestellt.

Die ersten beiden Bände, welche den Zeitraum vom Sept. 1850 bis Ende 1851 umfassen, sind zum größten Theile mit Berichten über öffentliche Gerichtsverhandlungen gefüllt. Daß darunter die Verhandlungen vor den Schwurgerichtshöfen der Länder Oesterreich, Salzburg, Tirol, Böhmen, Mähren, Schlesien, Steiermark, Kärnthen, Krain und Istrien mit Triest den bedeutendsten Raum einnehmen, versteht sich von selbst, da wie überall die schwersten Verbrechen diesen Gerichtshöfen zugewiesen waren. Außerdem sind die Verhandlungen vor dem Cassationshofe in großer Anzahl aufgenommen, was sich durch den Einfluß erklärt, welchen dieselben bestimmt sind auf die Strafrechtspflege der unteren Behörden zu nehmen. Allein auch Appellverhandlungen, solche vor den Bezirkscollegial-Gerichten und vor Einzelrichtern fehlen nicht, und runden die Sammlung zu jener Vollständigkeit ab, welche einen Ueberblick über die Gesammtthätigkeit der strafrichterlichen Organe in jener Periode gewährt.

Nebenbei sind in kurzen Artikeln hauptsächlich jene Fragen erörtert, die aus der Anwendung der neuen Gesetzgebung im neuen Organismus auftauchten; und in größeren Aufsätzen finden wir auch principielle Gegenstände mit Sachkenntniß behandelt. Doch bildet der theoretische Theil bei weitem den geringeren Theil des Materials in diesen beiden Bänden. —

Der dritte Band, welcher den Jahrgang 1852 umfaßt, gewährt schon ein anderes Bild. Bis in den Monat März hinein ziehen sich noch die öffentlichen Verhandlungen vor dem Cassationshofe. Allein die letzten Schwurgerichtssitzungen des Decembers 1851 aus einigen Provincial-Städten finden nur mehr in rückblickenden Berichten Raum, welche sich darauf beschränken den Fall zu skizziren und die Entscheidung mitzutheilen. — In demselben Maße, in welchem der praktische und schildernde Theil im Strafrechte zusammenschrumpft, fängt der theoretische an, sich auszudehnen. Das Civilrecht gewinnt Boden sowohl in Rechtsfällen, als auch in erörternden Abhandlungen. Die Wechsel-

Digitized by Google

ordnung und der Entwurf einer neuen Grundbuchsordnung kommen eingänglicher zur Sprache, die Statistik der Straf- und Civilrechtspflege findet Beachtung, und der provisorischen Civil-Proceß-Ordnung für Siebenbürgen wird eine umfangreiche Betrachtung gewidmet. In einer Reihe von Artikeln wird das neue preußische Strafgesetzbuch vom 14 April 1851 und in einer andern das österreichische revidirte Strafgesetzbuch vom 27 Mai 1852 besprochen, letzteres insbesondere in Vergleichung mit dem bisher bestandenen Gesetzbuch vom Jahre 1803. Durch eine Folge von Blättern der zweiten Jahreshälfte zieht sich eine Abhandlung Weiske's „Nachweisung deutschen Rechts im a. b. Gesetzbuche", und die „Avitицität nach ungarischem Rechte" fand ebenfalls einen kundigen Darsteller. Mittermayer erörtert umständlich die Frage „über den gegenwärtigen Standpunkt der Gesetzgebung im Civilproceß, und über die Grundrichtung welche die Gesetzgebung zu nehmen hat"; und in den November-Blättern ist eine Abhandlung über die Einwendung der Wahrheit im Injurien-Processe nach römischem, englischem und französischem Rechte vom Herausgeber der Zeitung geboten. Außerdem gibt es noch eine große Zahl anderer Gegenstände, welche theils in kurzen Zusammenfassungen, theils in umständlichen Betrachtungen dem Leser vorgeführt werden. Die Mittheilungen aus dem Strafgerichtssaale dagegen laufen allgemach in die nicht-öffentlichen Verhandlungen des Cassationshofes aus und in vereinzelte Berichte über Fälle, welche Aufsehen erregt haben und bei halböffentlicher Verhandlung wenigstens das Interesse der Juristen nicht unberührt lassen konnten.

Der vierte Band, den Jahrgang 1853 umfassend, trägt ganz den Charakter des vorhergehenden und liefert eine große Zahl von Artikeln nicht nur von praktischen Juristen, sondern zum Theil auch von gelehrten Theoretikern des In- und Auslandes. Unter letzteren finden wir außer den oben Genannten auch Jagemann und Warnkönig. Dasselbe gilt vom fünften (1854) und sechsten Band (1855), und wir müssen es uns versagen, eine Uebersicht der Materien zu geben, welche darin eine entsprechende und fördernde Behandlung gefunden haben, indem uns auch nur eine auszugsweise Mittheilung über die Gränzen hinausführen würde, die für diese Anzeige gesteckt sind.

Eine Bemerkung haben wir aber noch anzufügen, wozu wir

Digitized by Google

uns durch die zweite Hälfte des sechsten Bandes veranlaßt finden. Es scheint, daß dieses literarische Unternehmen seit dieser Zeit seine Aufgabe tiefer als in den letztern Jahren zu fassen und weiter auszudehnen beginne. Dieß ist sicher in manchen Spuren, welchen wir in der letzten Jahreshälfte begegnen, zu erkennen, und wir finden die Bestätigung in den Worten, womit der Jahrgang 1856 im ersten Blatte eingeleitet ist, und aus denen wir folgende Stelle als den Geist kennzeichnend, der künftig leitend wirken soll, citiren wollen. „Selbst der bescheidenste Actenmann findet heute in der Beklügelung vereinzelter Pargaraphe nicht mehr die gewohnte Befriedigung. Er sieht sich unwillkürlich angetrieben das Gesetz, dessen Handhabung ihm obliegt, aus höheren Gesichtspunkten zu betrachten. Täglich, ja stündlich ist er veranlaßt den Zusammenhang des Bestehenden mit dem was war, sein Verhältniß zu dem was anderwärts gilt, zu erwägen; nach dem Woher und Wohin zu fragen, zu vergleichen, zu prüfen, zu wählen: und jeder Schritt seines praktischen Lebens weist ihn mit Nachdruck und Eindringlichkeit auf die letzten Ergebnisse der Theorie, auf die großen Resultate der Rechtsgeschichte zurück, von denen er sonst kaum dem Namen nach Notiz genommen hatte."

Fortsetzung folgt.

Wien im März 1856.

Pe.

Digitized by Google

3) Eduard Laboulaye über die Tafeln von Malaga.

(Auszug aus der Revue historique de droit français et étranger 1855 Heft 6).

Don Manuel Rodriguez von Berlanga, Advocat zu Malaga, hat im Jahr 1853 seine Studien über zwei Bronzetafeln veröffentlicht, welche im October 1851 zu Malaga entdeckt wurden, und darin den Text dieser Denkmale sammt einer spanischen Uebersetzung und Erläuterungen mitgetheilt. Beim Lesen dieser Inschriften, welche die überaus merkwürdigen Stadtrechte zweier Städte mit jus Latii enthalten, haben wir uns des Verdachtes nicht erwehren können: Spanien ist ein Land, wo mit falschen Inschriften so viel Mißbrauch getrieben worden ist, daß man sich wohl bedenken muß, bevor man neue glänzende Entdeckungen der Art für wahr hält. Wir haben unsere Zweifel in einem Briefe an einen Akademiker ausgesprochen; aber es scheint dieselben giengen zu weit, da seither Mommsen diese Inschriften mit geistreichen Verbesserungen und einem gelehrten Commentar herausgegeben hat, ohne die Aechtheit derselben auch nur in Frage zu stellen. Mommsen ist zwar etwas kühn in seinen Vermuthungen, aber einer der ersten Kenner der Inschriften — eine Seite der Wissenschaft, in der wir nur wenig bewandert sind — und auch Huschke, einer der gelehrtesten Alterthumsforscher, hält den Text dieser Gesetze für ächt. Indessen haben die Arbeiten Mommsens meine Zweifel nicht erschüttert, sondern eher verstärkt, und da die Wahrheit über die gelehrte Autorität geht, so bedarf dieselbe einer genaueren Prüfung. Ich habe mir eine genaue Abschrift der Tafeln verschafft, und daraus ersehen, daß die Fehler, die

Digitized by Google

Mommsen dem spanischen Herausgeber zuzuschieben geneigt ist, sich in den bronzenen Tafeln selber finden, und in der That ist es schwer zu glauben daß man in der Zeit des Kaisers Domitian ein römisches Gesetz so in Bronze eingegraben habe, wie wenn man damals kein Latein verstanden hätte.

Die beiden Tafeln gehören verschiedenen Städten an, die größere ist ein Fragment des Stadtrechts von Malaca, die kleinere ein Bruchstück des Stadtrechts von Salpesa, und beiden Städten wird Latinisches Recht zugeschrieben. Malaca (heute Malaga) wird genannt Municipium Flavium Malacitanum. Die Bezeichnung »Flavium« kommt aber sonst nicht vor, und Plinius der ältere rechnet die Stadt zu den verbündeten (foederatae), die er von den latinischen unterscheidet. Salpesa heißt auf der Tafel: Municipium Flavium Salpensanum; während Plinius und die alten Münzen sie Salpesa, eine andere Inschrift sie Municipium Flavium Salpesanum heißt. Daß die Städte als latinische bezeichnet werden, kann übrigens nicht befremden, da Vespasian ganz Spanien zur Latinität erhob. Die Tafeln bezeichnen die Zeit ihrer Entstehung als die des Kaisers Domitian, bevor er den Titel Germanicus angenommen hat, also 81 — 84 n. Ch.

Wie kommt es nun aber, daß diese beiden Tafeln, die so sorgfältig verborgen und aufbewahrt waren, nur Bruchstücke enthalten? Und wie kam denn ein Bruchstück des Stadtrechts von Salpesa in das ferne Malaga und hier mit einem andern Bruchstück des Stadtrechts von Malaga zusammen und an einen heimlichen Ort unter die Erde, wo sie beide mit Absicht niedergelegt wurden? Da lagen sie beide 1400 bis 1700 Jahre lang auf Backsteinen und in Leinwand gewickelt, um in unsern Tagen ganz unversehrt, ohne Rost, ohne Lücken, so glatt und rein wieder gefunden zu werden, wie sie zuvor hineingelegt worden waren. Sogar die Reste der Leinwand sind noch da. In der That eine höchst wunderbare Aufbewahrung.

Und die Schrift ist so, wie wenn der Graveur eine alte Handschrift hätte copiren müssen. Bei jedem Titel eines Capitels steht ein R., d. h. Rubrica — ein Zeichen, das für Handschriften,

Digitized by Google

deren Titel mit rother Tinte geschrieben wurde, einen guten Sinn, auf Bronzetafeln aber gar keinen Sinn hat*).

*) Der Zweifelsgrund, der aus der Bezeichnung der Capitel-Ueberschriften mit einem R. d. i. Rubrica hergeleitet wird, als welche auf einer Bronzetafel keinen Sinn habe, das Wort nur von der für Ueberschriften üblichen rothen Dinte herrühre und erst im Mittelalter in dem Sinne von Ueberschrift gebräuchlich geworden sey, wäre wohl für sich ohne besonderes Gewicht. Es ist sehr unwahrscheinlich daß Domitian den beiden Städten das Original des ihnen verliehenen Stadtrechts in Erz eingegraben zugefertigt habe; ohne Zweifel wurde ihnen dasselbe nur in schriftlicher Ausfertigung auf Pergament zugesandt, und der Stadtmagistrat ließ dann erst, zum Zwecke der öffentlichen Ausstellung im Municipium, das Gesetz im Erz eingraben. In jener Urschrift waren nun, wie üblich, die Ueberschriften der Capitel mit rother Dinte geschrieben, als rubricae im buchstäblichen Sinn. Das konnte der Erzschreiber nicht nachmachen und setzte daher ein R. vor jede Ueberschrift, um anzudeuten, daß diese im Original eine rubrica sey. Dasselbe ist gewiß auch sonst bei den Alten sehr häufig vorgekommen. Von dem prätorischen Edict z. B. waren ohne Zweifel Hunderte von Abschriften in Umlauf, besonders nachdem es unter Hadrian eine feste Gestalt gewonnen. Kein Jurist, kein Statthalter, oder Advocat in den Provinzen mochte einer solchen entrathen; Cicero als Proconsul von Cilicien hatte gewiß eine Abschrift der edicta urbana zur Hand, auf die er in seinem Provincialedict verwies. Daß nun in solchen Abschriften die Ueberschriften nicht immer roth geschrieben, sondern ebenso wie in unsern Erztafeln nur mit einem R. oder dem ganzen Worte rubrica bezeichnet waren, ist wahrscheinlicher als vieles andere, was man ohne ausdrückliches Zeugniß für gewiß zu nehmen pflegt. Daraus erklärt es sich auch daß sich mit jenem Worte von selbst bald die Bedeutung „Ueberschrift" verband. Wenn Paulus (in L. 2. §. 3 D. de interd.) der rubrica des Edicts „*unde vi*" erwähnt, so dachte er dabei gewiß nicht an die rothe Dinte, die vielleicht in seiner eigenen Abschrift nicht zu finden war, so wenig wie der Compilator der vaticanischen Fragmente, wenn er in §. 227 aus des Paulus Quästionen die rubrica *de legitimis tutelis* anführt. Es ist daher auch gewiß ungegründet, wenn man sagt daß erst seit den Glossatoren das fragliche Wort in jenem farblosen Sinn gebräuchlich geworden sey; nicht erst von da an, wo etwas schwarz auf weiß bezeugt sich findet, ist es als historisch beginnend anzusehen. In Bezug auf die übrigen tiefer gehenden Einwendungen von Laboulaye könnte es nur erwünscht seyn, wenn die obige Mittheilung Veranlassung zu weiterer Besprechung gäbe. Wir werden, wenn unsere Hoffnung in Erfüllung geht, nicht unterlassen unsern Lesern von dem weiteren Verlaufe Nachricht zu geben.

Digitized by Google

Die Entdeckung des Gajus hat uns unerwartete Aufschlüsse über die Latini Juniani und die dediticii gegeben, und seit 30 Jahren ist darüber viel geschrieben und gestritten worden. Und nun kommt dieser gescheidte Zufall in Spanien, der 2 Gesetztafeln ausgräbt, um uns zu belehren was das Jus Latii gewesen sey. Nur das ist dabei störend, daß die Entdeckung von Gajus aufklärend wirkte auf die alten Angaben, während der Fund der zwei Tafeln neue und höchst sonderbare Räthsel stellt und in Widerspruch tritt mit den Aeußerungen von Gajus.

Aus den Anmerkungen zu dem Text der beiden Gesetze heben wir nur einige der auffallendsten Bedenken hervor:

1) Tafel von Salpesa.

c. 21. Den Latini von Salpesa wird patria potestas über ihre Kinder zugeschrieben, bevor sie zu römischen Bürgern gemacht werden, und doch gehört die patria potestas zu den rein civilen Instituten des röm. Rechts. Ueberdem wird, wenn Mommsens Ergänzung richtig ist, das römische Bürgerrecht nicht bloß den abtretenden Magistraten sondern auch deren Eltern (parentes) geschenkt — eine Annahme, die mit dem Geist der römischen Gesetze unvereinbar ist und in der That eher mit dem Geist des chinesischen Rechtes sich vertrüge.

c. 22. Außer der potestas wird auch das mancipium und die manus über die Frauen wieder den spanischen Latini zugeschrieben — Begriffe, von denen Gajus sagt: „jus proprium civium Romanorum est". Wie die latinischen Familien zu solchem durchaus civilem Recht kommen, bleibt unerklärlich.

Das jus tutoris optandi — unsere Quellen reden von einer tutoris optio, die den Wittwen im Testament ihrer Ehemänner mit manus vermacht werden konnte — wird hier auch den Männern, also den Unmündigen, zugeschrieben, nach dem Wortlaut des Gesetzes, was vollständig sinnlos ist. In Cap. 29 kommt eine ähnliche Wahl des Tutor von Seite des minderjährigen Jünglings vor, was wieder allem römischen Sprachgebrauch zuwider ist.

c. 23. In den Ausdrücken finden sich Spuren, daß der Verfasser der Inschrift die L. 4. D. de jure patron. vor Augen gehabt habe.

c. 24. Ein sonderbares Capitel. Daß ein Gesetz Bestim-

Digitized by Google

mungen treffe für den Fall, wenn der Kaiser zum städtischen Duumvir gewählt wird, hat nichts auffallendes; aber daß ein Gesetz ein Privilegium für den Fall begründe, daß der regierende Kaiser Domitian zum Duumvir gewählt werden sollte, das ist etwas unerhörtes.

Für diesen Fall wird verordnet, daß dann der Kaiser einen Präfect an seiner Statt bezeichne, welcher dieselben Rechte habe, wie wenn er zum einzigen Duumvir erwählt worden wäre. Was soll das heißen: die Wahl eines einzigen Duumvir? Der Satz scheint ebenso sprach- als rechtswidrig. Und wie paßt denn das zu dem Sinn solcher Kaiserwahlen? Die Kaiser nehmen städtische Magistraturen an, nicht um die Stadtverfassung zu stören, sondern um den Städten eine Gunst zu erweisen und sich als städtische Vorsteher beliebt zu machen.

c. 25. Durch dieses Capitel wird bestimmt: Wenn ein Duumvir die Stadt über einen Tag verlasse, so soll derselbe aus den Decurionen einen Präfecten ernennen, der an seiner Statt die Rechtspflege inzwischen verwalte.

Wieder eine ganz neue Bestimmung, die zu dem was wir von römischer Staatsordnung wissen, nicht paßt. In Rom wurden wohl statt der Könige oder der Consuln in alter Zeit, als es noch keine andern Magistrate gab, Präfecten als deren Statthalter gewählt, wenn jene für längere Zeit die Stadt verließen; aber später nicht mehr, indem die übrigen Magistrate das Erforderliche besorgten. So vertraten auch in den Municipien die Aedilen die abwesenden Duumvirn. Wozu also diese Ernennung eines Präfecten? Und wie sollte der einzelne Duumvir dieses Recht der Ernennung gehabt haben? Wie wunderlich ist es ferner, daß der Duumvir nicht einen vollen Tag lang außer der Stadt bleiben darf, ohne einen Präfecten zu ernennen, dieser dagegen je einen Tag um den andern weg seyn kann? In der Eidesformel werden die Kaiser so als Divi aufgeführt, wie wenn der Verfasser der Inschrift die Stelle aus dem Panegyricus von Plinius Cap. 11 vor Augen gehabt hätte. —

c. 26. Daß die Duumvirn den Rath versammeln und gewähren können, ist nicht auffallend; daß aber die Aedilen in jener Anwesenheit, und daß die Quästoren überhaupt dieses Recht ausüben dürfen — wie der Eid voraussetzt, — ist unglaublich. Daß

Digitized by Google

die Schlußformel: „actio petitio persecutio esto“ völlig unpassend ist, indem es sich hier nur um eine actio popularis handeln kann, hat Mommsen bemerkt. Es ist das aber ein Zeichen daß diese Tafel nicht in der Zeit des Domitians verfaßt worden sey.

Cap. 27. Die Magistrate an die man appellirt, dürfen nur innerhalb 3 Tagen von da an ihr Veto einlegen, und niemand darf mehr als einmal in derselben Sache appelliren. Wieder zwei Bestimmungen, die nicht zu dem passen, was wir von römischem Rechte wissen.

Cap. 28. Die Freilassung von Sklaven kann in einem römischen Municipium nur vor einem Magistrate geschehen, wenn diesem die legis actio übertragen ist, also in Folge eines Privilegiums. Hier dagegen dürfen in der latinischen Stadt Salpesa die Duumvirn wie es scheint unbedenklich Freilassungen bekräftigen; und nach dem Wortlaut des Gesetzes die Duumviri in ihrer Verbindung, während sonst die römische Verfassung immer die Magistrate individuell handeln läßt. Und wenn ein minderjähriger Herr freilassen will, so muß erst der Rath dazu die Erlaubniß geben, ganz wie in unsern modernen Einrichtungen. Die lex Aelia Sentia (Gaj. I. 38) spricht von einem consilium das der Magistrat wählt und dem er die Untersuchung überträgt. Das ist römisch. Daraus macht der Verfasser der Inschrift die unrömische Prüfung durch eine von dem Magistrat unabhängige Behörde.

Cap. 29. Die tutoris datio steht nach römischem Recht nur einem Magistrat zu, dem diese Vollmacht durch ein Gesetz oder Senatusconsult oder eine kaiserliche Verleihung ausdrücklich übertragen ist. In Rom hat der Prätor dieses Recht, unterstützt von den Tribunen in Folge der Lex Atilia, in den Provinzen haben es die Statthalter nach der lex Julia Titia. Und nun soll dieses nur den höchsten Magistraten und nur unter beschränkten Voraussetzungen zuerkannte Recht, das den Magistraten der ächten römischen Municipien in Italien nicht gestattet war, den Magistraten einer spanischen Latinerstadt verliehen worden seyn?

Der Verfasser der Stelle hat wohl die L. 19. D. de tutor. et curatoribus vor Augen gehabt und den Juristen Paulus copirt, ohne ihn zu verstehen. Da findet sich auch das Wort collega, das der Verfasser in der Mehrzahl selbst auf die Duumvirn ausdehnt, als ob ein Duumvir mehr als einen Collegen haben

Digitized by Google

könnte. Die Aedilen sind nicht seine Collegen, und wären sie's, so wäre die obige Ernennung der Präfecten vollends sinnlos. Am Schluß dieses Capitels läßt er die Latini von Salpesa sogar Theil haben an dem civilen Agnationsverhältniß der römischen Bürger.

Fassen wir die Resultate zusammen: die Art der Entdeckung dieser Tafel schon ist verdächtig, der Styl des Gesetzes ist ungenau, die Formeln unregelmäßig, die Bestimmungen selbst zum Theil unerklärlich und allem was wir sonst von römischem Recht wissen, widersprechend. Wäre das Denkmal ächt, so hätte die spanisch-latinische Stadt größere Rechte als irgend eine andere italisch-latinische Stadt; ihr bürgerliches Recht wäre das der römischen Bürger, ihre Magistrate wären begünstigter als die der römischen Municipien. Ist das denkbar? Und ist es nicht viel wahrscheinlicher daß der glühende Patriotismus eines neuern Spaniers ein Stadtrecht für Salpesa erdacht, und durch die Verfertigung der Tafel seiner Vaterstadt und seinem Vaterland den Ruhm und den Glanz uralter politischer Freiheitsrechte hat zuwenden wollen?

2) Tafel von Malaga.

Die Bronzetafel von Malaga ist von der nämlichen Hand wie die von Salpesa oder wenigstens aus derselben Zeit, von demselben Styl, gleichartig und gleichungenau in den Formeln. Der Inhalt dieses Gesetzes ist ein vollständiges Stadtrecht, und zwar wie man es in den schönsten Zeiten der Freiheit erwarten könnte. Wir finden darin Volksversammlungen, Volkswahlen, Curien; und während in Rom alles stumm ist, sehen wir den Kaiser Domitian zu Malaga die römische Republik in ihrer Jugendzeit neubegründen. Das ist so ziemlich das Gegentheil von unsern bisherigen Ansichten. Spanien hätte uns wieder Freiheiten bewahrt, die dem ganzen übrigen Reiche fehlten.

Cap. 51. Sonderbarer Weise sorgt das Gesetz in einer Zeit der höchsten Städtefreiheit für den Fall, daß für die städtischen Aemter sich nicht genug Candidaten finden, und zwar so daß der Magistrat Candidaten ernennt und diesen hinwieder verstattet andere zu benennen — eine Einrichtung, wie sie im ganzen Alterthum nicht vorkommt.

Cap. 52. Bei den Römern wird der Vorsitz in den Wahlversammlungen durch Uebereinkunft der Magistrate oder durch das Loos bestimmt, nicht aber durch das Alter, das nur den Ehren-

Digitized by Google

vorkömmt gibt; hier dagegen soll das höhere Alter entscheiden. Und die Wahlabtheilungen (tribus) werden hier curiæ genannt, was auch einige Befremdung erregt.

Cap. 53. Die römischen Bürger und die latinischen Bürger werden hier in die Curien vertheilt. Die „latini cives“! civis Latinus ist ein unmöglicher Ausdruck. Man ist Bürger (civis) einer Stadt, civis Romanus ist Bürger von Rom. Man ist nicht Civis eines Landes, etwa von Latium. Entweder civis sc. Romanus) oder Latinus; aber nie civis latinus. Zu glauben daß die Römer den Ehrennamen Civis den Latinern gegeben haben, und daß davon keine Spur in allen unsern Quellen geblieben sey, heißt denn doch das Vertrauen auf die Aechtheit dieser Tafel über die Gränzen der Kritik ausdehnen.

Cap. 54. Die Bestimmung ist wahrscheinlich aus L. 8. D. de munerib. genommen. Der fünfjährige Stillstand nach der Ausübung der Magistratur wäre wieder eine Eigenthümlichkeit von Malaga. Die regelmäßige Ruhezeit ist ein Jahr.

Cap. 55. Art der Abstimmung. Sie erinnert theilweise an die republikanischen Zeiten Roms. In dem kaiserlichen Rom durften nicht mehr die Candidaten selbst die Wächter der Abstimmung wählen, und in Malaga soll das Recht zu Gunsten der dortigen Candidaten damals bestanden haben? Den antiken Rechtszuständen widerspricht überdem vollständig, daß die Angehörigen einer Zunft mit einer andern Zunft stimmen dürfen, wie die Tafel jenen Wählern verstattet, und daß die partiellen Vorwahlen der einzelnen Curien proclamirt werden. Die ganze Stelle hat überhaupt etwas modernes an sich.

Cap. 56. Eine lex Julia et Papia Poppæa nachgebildete Bestimmung, in welcher überdem das Gesetz nicht völlig verstanden worden zu seyn scheint.

Cap. 57. Scheint auf einem Mißverständniß einer Stelle von Varro de re rust. III. 17. 1. zu beruhen. Die genaue Beachtung dieses Capitels kann bewirken daß, wer mehr Curien für sich hat, dem weichen muß der weniger Stimmen hat, aber dessen Namen früher eine Mehrheit hat.

Cap. 58. und Cap. 59. Vgl. zu der Tafel von Salpesa Cap. 25 und 26.

Cap. 60. Die wirkliche Cautionsformel hieß: rempublicam

Digitized by Google

salvam fore. Die Tafel hat statt dessen: pecuniam salvam fore. Auch klingt die subsidiäre Herbeiziehung von prædia wenn die prædes nicht genügen, unrömisch.

Cap. 61. Während zu Rom im Senate erst durch den Kaiser Trajan die Abstimmung durch Täfelchen eingeführt wurde, finden wir sie hier schon unter Domitian in dem Stadtrathe von Malaga.

Cap. 62. Strenges Verbot Gebäude abzubrechen, ohne wieder zu bauen, welches in dem Zusammenhang nicht paßt und von Mommsen als Einschiebsel erklärt wird. Aber wie und wann kam es denn in die Tafel hinein? Und wie wenig wahrscheinlich ist ein solches Verbot für Malaga, während es in Rom und in Italien erst unter Kaiser Claudius eingeführt worden und daselbst weniger bindend war?

Cap. 63. Benutzung der lex Julia municipalis. Aber daneben finden sich hier ganz neu sogenannte prædiorum cognitores; wieder eine moderne Idee, diese „Experten und Kenner der Grundstücke". Auch ist die vorgeschriebene jährliche Rechnungsablage gegenüber dem Publicum durch öffentlichen Anschlag, und ohne daß der Controle des Rathes gedacht wird, ganz fremdartig.

Cap. 64. Spuren einer mißverstandenen Stelle in Sueton Claud. c. 9. Die lex prædiatoria bei Sueton ist wie lex commissoria von den Bedingungen zu verstehen, die eingegangen worden sind. Daraus macht unsere Tafel eine lex im Sinne des Staatsgesetzes. Ebenso werden die Worte „in vacuum venalis pependit." mißdeutet.

Cap. 65. Ein unrömischer Wechsel mit Formeln und eine unrömische Succession in die Rechte der Cautionen.

Cap. 66. Die Aedilen sollen die Bußen, die sie verhängen, den Duumvirn mittheilen und zum Bezug überlassen. In Rom war das wieder anders, und nirgends finden wir sonst ähnliches in dem alten Recht. Ebenso ungewohnt ist die Appellation von den Duumvirn und den Aedilen an den Rath. Auch die Wendung: „quæque multæ non erunt injustæ judicatæ" klingt modern, nicht römisch. Und wie kommen die Duumvirn dazu die Rechnung zu führen, wo es doch Quästoren gibt?

Cap. 67. Diese Vorschriften über das Einwerfen der öffentlichen Gelder in den Stadtsäckel sind wieder ganz einzig im Alter-

Digitized by Google

thum und würden einem modernen Stadtrecht viel natürlicher stehen.

Cap. 68. Die Rechnungsreviſoren werden hier patroni causae genannt, was dem römiſchen Sprachgebrauch, der dabei an Proceßführer (Advocaten) denkt, ganz widerſtreitet.

Alſo auch hier wieder ungenaue Sprache, unglaubliche Privilegien für Malaga, Inſtitutionen, von denen man ſonſt keine Spuren noch Analogien findet. Unſere Begriffe von Latinität werden nicht verändert, aber wenn die Tafel ächt iſt, ſo müſſen wir annehmen, die Latinität bedeute in Malaga etwas ganz anderes als im übrigen römiſchen Reiche. In der That, das ſpaniſche Sprichwort: „De las cosas mas securas la mas segura es dudas (Unter den ſicherſten Sachen iſt die ſicherſte zu zweifeln) bewährt ſich mit Bezug auf ſpaniſche Inſchriften ganz vorzüglich.

Digitized by Google

V.

Kurze Anzeigen.

1) Dr. Karl Levita. — Das Recht der Nothwehr, eine strafrechtliche Abhandlung. Gießen 1856. (281 S. in 8.) —

Eine in Form und Inhalt vortreffliche Schrift, die sich die zweifache Aufgabe gesetzt: die Entwickelung des rechtlichen Princips der Selbstvertheidigung im deutschen Rechte geschichtlich aufzuweisen, und dann die Lehre von der Nothwehr für das heutige Recht zu formuliren. Der I. Abschnitt von der Bestimmung des Begriffs der Nothwehr und seiner Stellung zu verwandten Rechtsbegriffen (S. 2 — 31) schließt sich im wesentlichen an die Darstellung dieser Lehre im Köstlin'schen Systeme. Den Schwerpunkt der eigenen Arbeit verlegt der Verfasser selbst in die geschichtlichen Untersuchungen und in die Analyse und Formulirung der Momente des Begriffs der Nothwehr, — wie wohl er nicht verkennt, daß „auch für diese durch Köstlin's Leistungen das Werk jedes späteren Bearbeiters unendlich erleichtert und zugleich erschwert werde."

Was die Abschnitte II. III. und IV. (römisches, kanonisches und deutsches Recht bis zur Carolina) betrifft, so muß sich die krit. Ueberschau darauf beschränken, ihren Lesern die darin enthaltenen historischen Untersuchungen durch das Zeugniß zuverlässiger Gründlichkeit zu eigener Lectüre zu empfehlen. Dagegen dürfte aber ein kurzes Resumé über den V. Abschnitt am Platze seyn.

Der Verfasser bezeichnet es als eine bemerkenswerthe und erfreuliche Erscheinung, daß das jüngste Recht wieder mehr

Digitized by Google

an das ältere anknüpft, indem die Gesetzgebung, alle theoretische Ausführlichkeit abweisend, sich auf die schlichte Anerkennung des Princips beschränkt — und indem die Doctrin die fremdartigen und willkürlichen Beschränkungen der Nothwehr nach und nach wieder ausstößt. Es wird gezeigt, wie alle Versuche der älteren Doctrin und Legislation, solche Schranken für die Selbstvertheidigung zu setzen, sich nicht nur wegen ihres Widerspruches mit dem Rechte der Persönlichkeit als theoretisch unhaltbar, sondern auch wegen der Eigenartigkeit des Nothwehrfalles als praktisch undurchführbar erwiesen haben.

Nothwehr ist das Recht der mit einer Verletzung der Rechte des Angreifers verbundenen Selbstvertheidigung im Falle der Noth, — oder m. a. W. das dem Individuum gegen drohendes, durch die Macht des Staates nicht abwendbares Unrecht zustehende Recht der Vertheidigung zu seinem eigenen oder zum Schutze eines Dritten. Der Rechtsgrund der N., wie der der Strafe, liegt in der Nichtigkeit des Unrechts. Die Nothwehr ist ebenso nothwendig, wie die Strafe, steht aber zu dieser im Verhältniß einer Ergänzung, indem sie auf die Fälle beschränkt ist, wo der Staat dem Unrechte nicht vorbeugen kann. Innerhalb dieser Gränze die Nothwehr nicht als Recht anerkennen, hieße das Unrecht sanctioniren.

Aus diesem Begriffe der Nothwehr ergeben sich deren Bedingungen oder Voraussetzungen von selbst. Es ergibt sich daraus (nach der Anordnung des Verfassers) fürs erste, daß der Angriff nicht als gleichbedeutend mit Verbrechen aufgefaßt werden dürfe. Der Angriff muß zwar ein erst und zwar unmittelbar bevorstehender (oder gegenwärtiger) seyn, weil gegen einen vergangenen keine Vertheidigung mehr möglich ist; aber der Moment, wo die Zulässigkeit der Nothwehr aufhört, fällt nicht mit dem Momente zusammen, wo Angriffshandlung bereits das juristisch vollendete Verbrechen darstellt; auch da, wo diese als Verbrechen juristisch schon vollendet ist, kann Nothwehr noch zulässig seyn, nämlich solange der Angriff factisch noch nicht beendiget. Der Diebstahl ist durch die contrectatio juristisch vollendet; gleichwohl findet Nothwehr auch gegen den fliehenden Dieb statt. Mit der Verwandlung des Angriffs in einen Rechtsbegriff hängt auch der Irrthum zusammen, als sey gegen symbolische und Verbalinjurien Nothwehr nicht denkbar. (S. 181 — 184).

Digitized by Google

Der Angriff muß zwar objectiv rechtswidrig, er braucht aber nicht subjectiv verbrecherisch zu seyn; sowie Nothwehr auch dann zulässig ist, wenn der Angegriffene den Angriff selbst verschuldet hatte. Aus ersterem ergibt sich, daß Nothwehr auch gegen Unzurechnungsfähige (Wahnsinnige, Betrunkene, Kinder ꝛc.) statthaft sey; aus letzterem, daß sie auch dem auctor rixae gegen den auctor pugnae und dem ursprünglichen Angreifer gegen den die Gränzen der Nothwehr überschreitenden Angegriffenen zustehe. Ebenso ist die Nothwehr nicht ausgeschlossen, wenn auch der Angegriffene den Angriff voraussehen und vermeiden konnte. Der Angriff braucht kein unerwarteter zu seyn.

Von S. 192—201 erörtert der Verf. die Frage: ob und inwiefern Nothwehr auch gegen widerrechtliche Angriffe der Obrigkeit begründet sey, und bleibt auch hierin seinem Princip treu, wonach Nothwehr gegen einen Beamten gestattet ist, welcher außerhalb der Gränzen seiner Competenz oder innerhalb derselben in materiell gesetzwidriger Weise handelt. Was sodann zweitens die Frage betrifft, welche Objecte gegen einen widerrechtlichen Angriff durch gewaltsame Selbstvertheidigung geschützt werden dürfen, so wird auch hier die richtige Theorie gegen alle dem Begriffe der Nothwehr und der Natur der Sache widersprechenden Beschränkungen vertheidigt. Da das Recht der Persönlichkeit die rechtliche Basis der Nothwehr ist, so muß diese zum gleichen Schutze aller Rechte der Person gestattet seyn, indem alle diese Rechte ungeachtet ihres verschiedenen materiellen Inhalts doch insofern einander gleichstehen, als mit ihrer Verletzung zugleich die Persönlichkeit verletzt wird — und weil alle diese Rechte nur freiwillig oder aus Gründen rechtlicher Nothwendigkeit, nicht durch den Zwang und die Gewalt eines widerrechtlichen Angriffs aufgegeben zu werden brauchen. Leben, körperliche Integrität, Freiheit, Keuschheit, Ehre und Eigenthum sind sämmtlich gleich nothwehrfähig. Es kommt weder auf den Werth noch auf die Ersetzlichkeit des Angriffsobjectes an, und es kann von dem Angegriffenen nicht gefordert werden, daß er das Maß seiner gewaltsamen Abwehr nach dem Werthe dieses Objectes einrichte.

Dagegen ist drittens die Nothwehr durch die Abwesenheit obrigkeitlicher Hülfe im Augenblicke des Angriffes bedingt, m. a. W., es liegt im Begriffe der Nothwehr, wie auch schon im Worte selbst, daß Nothwehr nur im Falle der Noth begründet sey. Wo der

Digitized by Google

Staat das Unrecht abwenden konnte, ist Nothwehr ausgeschlossen. Andererseits kann aber vom Angegriffenen nicht gefordert werden, daß ehe er zur gewaltsamen Selbstvertheidigung schreite, da, wo dieß möglich, die Hülfe dritter Personen anrufe, daß er die Stelle vermeide, wo ein Angriff bevorstehen kann, daß er sich vor dem Angreifer flüchte. Selbst da ist Nothwehr statthaft, wo der Angegriffene zu diesen Mitteln ohne Gefahr für seine Ehre Zuflucht nehmen konnte. Dem Staatsbürger kann nicht zugemuthet werden auf das Hasenpanier zu schwören! Von Seite 242 — 256 handelt sodann der Verf. viertens von dem Maße der Nothwehr. In dem Rechte der Nothwehr liegt nicht die Gestattung einer unbedingten Willkür, die den Angegriffenen zum Herrn über Leben und Tod seines Angreifers machte. Den richtigen Maßstab für die erlaubte Vertheidigungsgewalt bildet die Größe der Gefahr, oder der Grad der Möglichkeit, die ruhige Innehabung eines Rechts zu verlieren. Hat der Angegriffene dem Angreifer eine Verletzung zugefügt, die mit der Größe der Gefahr in gar keinem Verhältnisse steht, so liegt ein Excess der Vertheidigungsgränzen vor. Die Frage aber, ob ein solcher Excess im concreten Falle vorliege, ist nicht nach der objectiven, sondern nach der subjectiven Gefährlichkeit des Angriffes zu beantworten, d. h. danach, wie groß die Gefahr dem Angegriffenen nach der concreten Sachlage erschien und erscheinen konnte. Es sind also hier zu berücksichtigen die Individualität des Angegriffenen und die des Angreifers, sodann Mittel, Zeit und Ort des Angriffes. Danach kann ein Excess nicht in jedem Hinausgehen über das nöthige Maß der Vertheidigung, sondern nur dann angenommen werden, wenn der Angegriffene den Zustand der Nothwehr dazu benützt hat, dem Angreifer eine Verletzung zuzufügen, von welcher er wußte, daß sie zu seinem Schutze gar nicht oder nicht in der angewendeten Art und Stärke nothwendig war (doloser Excess) — oder wenn er zwar die Absicht hatte sich zu vertheidigen, ihn aber eine grobe Fahrlässigkeit übersehen ließ, daß das Maß der angewendeten Gewalt weit über diesen Zweck hinausreichen werde (culposer Excess).

Der wirkliche Excess ist aber nichts anderes, als selbst ein widerrechtlicher Angriff, und begründet für den ursprünglichen Angreifer das Recht der Nothwehr. Auch darf der Excess nicht auf

Digitized by Google

gewisse schwere Verletzungen des Angreifers beschränkt und jede leichtere für straflos erklärt werden.

Was fünftens die Bestrafung des Excesses betrifft, so zeigt der Verf., daß hiefür die allgemeinen Grundsätze über die strafrechtliche Behandlung des den dolosen oder culposen Exceß darstellenden Verbrechens ausreichen. Den Schluß machen einige Bemerkungen über den sog. Prätext der Nothwehr, d. i. der Fall, wo es an den Bedingungen der Nothwehr fehlt, sowie über die Nothwehr zum Schutz Dritter, über die Frage des Beweises im Falle der Nothwehr und über die Pflicht der Anzeige in gewissen Fällen der Nothwehr. —

Wenn auch diese Sätze größtentheils schon aus Köstlin's System (§§. 28, 29 und 30) bekannt sind, so ist ihre Ausführung doch theilweise selbständig und durchweg gründlich.

München im Mai 1856. Dr. W.

---

2) Bruchstück einer Staats- und Rechtsgeschichte der deutsch-österreichischen Länder von Dr. Aug. Chabert, Prof des R. zu Gratz.

(Aus dem dritten Bande der Denkschriften der philosophisch-historischen Classe der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften besonders abgedruckt. Wien 1852. Braumüller.

Der Verfasser dieses Bruchstücks hat die Absicht gehabt, die Staats- und Rechtsgeschichte der deutsch-österreichischen Länder von den ältesten bis auf unsere Zeiten in fünf Perioden getheilt zu schreiben, deren Endpunkte durch die Schlacht am Lechfelde, die Thronbesteigung Rudolfs von Habsburg, den Tod K. Maximilians, den Regierungsantritt der K. Maria Thereſia und durch die großen politischen Ereignisse der neuesten Zeit bezeichnet seyn sollten. Der Stoff jeder einzelnen Periode sollte dann so vertheilt werden, daß die Darstellung mit der geschichtlichen Gestaltung des Landes beginnen, darauf die Darstellung des Rechtssystems nach den Abtheilungen in öffentliches und Privatrecht, Strafrecht und Proceß, und endlich die Geschichte der Kirche und ihres Rechts folgen sollte. Der Verfasser ist bei dieser Anordnung des Stoffes sichtlich dem Vorbilde Eichhorn's gefolgt, jedoch nicht ohne erhebliche Abweichungen davon im einzelnen.

Digitized by Google

Leider übereilte ihn der Tod, lange bevor er seine rühmliche Absicht in Ausführung gebracht hatte. Nur ein kleiner, aber besonders wichtiger Theil kam zu vollständigem Abschluß, nämlich die erste der bezeichneten fünf Perioden.

Der ganze Stoff dieser Periode ist in fünf Abtheilungen dargestellt, von denen die erste und zweite der politischen Geschichte, die dritte dem Rechtssystem, die vierte der Geschichte der Kirche und die fünfte der des Kirchenrechts gewidmet ist. Die Darstellung selbst zeichnet sich durch Kürze, Klarheit und Genauigkeit aus, und erinnert durch die Freihaltung von allem Gezierten und Phrasenhaften ebenfalls an Eichhorn. Auch die stoffliche Anwendung im einzelnen ist ungezwungen und dem natürlichen Verlaufe der Dinge angepaßt. Dennoch scheint es, daß durch eine strengere Sonderung zwischen Geschichte, Verfassung und Recht die Uebersichtlichkeit des Ganzen bedeutend gewonnen hätte, obwohl wir die Vortheile der Eichhorn'schen Vertheilung des Stoffs nicht verkennen. Um wenigstens auf einige Punkte die Aufmerksamkeit in dieser Beziehung zu leiten, möge hervorgehoben werden, daß in der ersten Abtheilung, welche die politische Geschichte bis auf Karl den Großen enthält, auch die Verfassungen der in den deutsch-österreichischen Ländern seßhaft gewordenen Völkerschaften geschildert und die daselbst geltenden Rechtsquellen behandelt werden, in der zweiten Abtheilung sodann die politische Geschichte bis an das Ende des angegebenen Zeitraums verfolgt und die Darstellung des Rechtssystems in der dritten Abtheilung mit der Karolingischen Verfassung begonnen wird. Viel einfacher wäre es wohl gewesen, wenn die politische Geschichte des ganzen Zeitraums ohne Unterbrechung, die Lehre von den Rechtsquellen selbstständig und sodann die Darstellung der Verfassungen bei den einzelnen Völkerschaften im Anschlusse und im Zusammenhange mit der Karolingischen Verfassung entwickelt worden wäre. Der Nachweis des Zusammenhanges der vorkarolingischen Verfassungszustände mit den Karolingischen erscheint uns wenigstens ganz besonders wichtig. Im Rechtssystem findet sich bei der Darstellung der Gauverfassung auch eine umfassende Betrachtung der Bildung der einzelnen Gaue, welche zwar ungemein schätzbar, aber hier offenbar nicht am rechten Platze ist und die Uebersichtlichkeit des Rechtssystems sehr beeinträchtigt. Wie der Verfasser die Bildung des Besitzstandes der Hochstifter

Digitized by Google

am richtigen Orte anhangsweise behandelt hat, so hätte dieß wohl auch bezüglich der Gaubildung geschehen können. Durch die Einreihung der Lehre von den Ständen in das Privatrecht hat sich der Verfasser die ohnehin schwierige Festhaltung der Gränzen zwischen dem öffentlichen und Privatrechte jenes Zeitraums gewiß nicht wenig erschwert. Auch die abgeschlossene Darstellung der Geschichte der Kirche und ihres Rechts scheint weder nöthig noch zweckmäßig, indem wir zwar die Nothwendigkeit der Aufnahme dieser Geschichte in eine österreichische Staats- und Rechtsgeschichte zugeben, aber nur insofern, als daraus bestimmte Gestaltungen des staatlichen und rechtlichen Lebens abzuleiten sind. — Diese Bemerkungen können übrigens dem Werthe dieses ersten Versuches einer Bearbeitung des Gesammtstoffes einer österreichischen Staats- und Rechtsgeschichte keinen Eintrag thun und dem Verfasser das große Verdienst nicht schmälern, der erste gewesen zu seyn der einen solchen Versuch gewagt hat. Die Bearbeitung zeigt soviel vortreffliches, daß das Buch nicht nur eine ungemeine Erleichterung, sondern auch eine, zum größten Theile sichere Grundlage für weitere ähnliche Forschungen darbietet und solchen zum Muster empfohlen werden kann. Der nicht geringe Quellenvorrath und die österreichischen und außerösterreichischen Hülfswerke sind mit rühmenswerther Genauigkeit und Vorsicht erschöpfend benützt. Auch Quellen aus viel späterer Zeit hat der Verfasser zur Begründung herbeigezogen, wie dieß wegen der Dürftigkeit der einheimischen Quellen über manche Rechtsinstitute kaum anders möglich ist, wenn man über solche, zweifellos schon vorhanden gewesene Rechtsinstitute nicht stillschweigend hinweggehen will. Jedoch dürfte zuweilen das Bedenken rege werden, ob darin, namentlich in Benützung von Stadtrechten, nicht zu weit gegangen sey.

In der Vorrede, worin über das Studium der österreichischen Staats- und Rechtsgeschichte und über die Grundsätze ihrer Bearbeitung manches sehr Beachtenswerthe gesagt wird, bemerkt der Verfasser, daß in vielen Lehren, besonders für die erste Periode, keine andern Sätze als die in Betreff Deutschlands von deutschen Schriftstellern gewonnenen zu Tage gefördert werden konnten, und findet darin eine Bekräftigung der Ansicht, daß die österreichische Rechtsgeschichte ein kräftig treibender und blühender Ast vom Stamme der Deutschen sey. Gewiß, niemand wird dieß

Digitized by Google

in Abrede stellen können. Sollte aber diese Uebereinstimmung nicht zum Theile wenigstens darin ihren Grund haben, daß die Rechtszustände bei der nichtdeutschen Bevölkerung der deutsch-österreichischen Länder bisher noch zu wenig erforscht sind? Manche nicht unwichtige Eigenthümlichkeiten finden sich schon in der ersten Periode, noch mehreres dürfte — nach des Verfassers eigener Bemerkung — in den spätern Perioden vorkommen. Ist nicht vielmehr anzunehmen daß das ältere, von fremden Einflüssen noch frei erhaltene Recht bedeutendere Abweichungen zeigen müßte als das spätere? Aus diesem Grunde ist es besonders zu bedauern daß der Verfasser nicht auch die an die deutsch-österreichischen gränzenden slavischen, ungarischen und italienischen Länder in den Kreis seiner Forschungen gezogen hat. Der Zusammenhang aller dieser Länder ist ein so inniger, daß eine vollständige Einsicht in die innern Zustände eines derselben aus den Quellen nur dieses einen Landes niemals möglich seyn wird. Doch wir verkennen auch die übergroßen Schwierigkeiten einer so umfassenden Darstellung nicht, und können den Verfasser darum nicht tadeln daß er seinem Unternehmen nicht ein Ziel gesetzt hat, welches ihm auch durch die aufopferndsten Bemühungen nicht erreichbar schien.

Die kaiserliche Akademie der Wissenschaften hat sich durch die Herausgabe dieses Bruchstücks ein großes Verdienst um die Wissenschaft erworben, und wir wünschen daß dem in der österreichischen Literatur einzig dastehenden Buche jene Beachtung und Würdigung zu Theil werde, die es verdient.

Gratz, im Februar 1856. M. S.

---

3) Wilda, Von den unechten Kindern; ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte; Tübingen 1855, S. 63.

(Aus der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft besonders abgedruckt.)

An der Hand der skandinavischen Rechte einerseits, der langobardischen Gesetze andererseits sucht der Verf. nachzuweisen, daß die Rechtlosigkeit und Erblosigkeit der unecht Gebornen dem germanischen Rechte ursprünglich fremd gewesen sey, und sich erst allmählich hervorgebildet habe.

Digitized by Google

Aus norwegischen Rechten wird zunächst nachgewiesen, daß der unechte Sohn seinem Vater „im Rechte" d. h. in der Buße gleichstehe, und höchstens wenn von einer Unfreien geboren und erst durch Freilassung frei geworden, um etwas verkürzt worden sey; von einer Rechtlosigkeit, wie solche als Folge von Uebelthaten oder auch selbstgewähltem Bettelgange vorkommt, kann demnach bei den unehelichen Kindern keine Rede seyn. In der That erscheint die eheliche Geburt nicht in dem Verzeichnisse der Eigenschaften, welche für die Thätigkeit als Urtheilsfinder, Geschworener, Zeuge und dergleichen vorausgesetzt werden, und an den gerichtlichen Rechten hatten somit auch die unehelichen Kinder Antheil, ja sie zählen sogar, wenn auch nur als entferntere Angehörige, zum Geschlechte ihres Vaters, und können darum, wenn näher berufene echtgeborne Verwandte fehlen, Blutklagen wie Unzuchtsklagen in Vertretung des Geschlechtes führen, oder als rechte Verlober auftreten, — sie nehmen activ wie passiv an Wergeldszahlungen Antheil, und sind auch, nur freilich auch hierin gegen die Echtgebornen zurückgesetzt, des Erbrechtes gegenüber dem väterlichen wie mütterlichen Geschlechte fähig; selbst König Magnus Hakonssohns norwegisches Thronfolgegesetz erkennt diese ihre Erbfähigkeit noch unumwunden an. Die genaueren Bestimmungen bezüglich der Erbfolge gehören nicht hieher; es handelt sich bei denselben einerseits um ein gesetzliches Erbrecht der unecht Gebornen für den Fall, daß echtgeborene Verwandte bestimmter Grade nicht vorhanden sind, und andererseits um die Zulässigkeit von Vergabungen an dieselben innerhalb gewisser Gränzen, für den Fall daß sie durch näher Berufene ausgeschlossen werden. Das norwegisch-isländische Recht behandelt demnach die unecht Gebornen, „gleichsam wie entferntere Verwandte oder als Personen, die nicht durch gleich starke Blutsbande mit dem Vater und den väterlichen Freunden verbunden sind, wie die echtgeborenen;" es läßt überdieß die Zurücksetzung derselben auf deren eigene echtgeborene Nachkommenschaft nur in beschränkter Weise sich vererben, und gestattet, freilich nur mit Zustimmung der geborenen Erben, auch eine förmliche Aufnahme derselben in das Geschlecht, welche sie wenigstens nach älterem Rechte den Echtgeborenen völlig gleichstellt.

Unter den schwedischen Rechten läßt das Rechtsbuch der Insel Gothland die unechten Kinder, wenn nur beide Eltern

Digitized by Google

gothländischer Abkunft sind, neben echtgeborenen erben, nur freilich zu einer geringeren Quote, und betrachtet sie überhaupt als zum Geschlechte des Vaters gehörig. Das westgötische Recht gewährt ihnen am mütterlichen, nicht aber am väterlichen Vermögen ein gesetzliches Erbrecht, und gestattet überdieß selbst ohne Zustimmung der geborenen Erben innerhalb gewisser Gränzen Vergabungen an dieselben; das ostgötische Gesetz dagegen entzieht ihnen nicht nur alle Ansprüche auf das mütterliche wie auf das väterliche Vermögen, sondern gestattet auch Vergabungen nur unter der Voraussetzung der Zustimmung der Erben. Und doch stellt gerade das ostgötische Recht den unecht Geborenen dem echt Geborenen hinsichtlich des Gebens und Nehmens der Geschlechtsbuße völlig gleich, das westgötische Recht aber weiß von einem späteren Verluste, d. h. einer späteren Schmälerung des Erbrechtes der unehelichen Kinder; beides ein Beweis, daß jene Bestimmungen nicht das ursprüngliche, sondern ein bereits zum Nachtheile der unechten Geburt modificirtes Recht geben. — Die im engeren Sinne schwedischen Rechte gewähren ihrerseits den unecht Geborenen vom väterlichen Vermögen nur eine Abfindung, kein Erbrecht; daneben räumen sie ihnen am mütterlichen Vermögen zum Theil ein Erbrecht neben oder hinter den echt Geborenen ein, zum Theil aber gewähren sie ihnen auch diesem gegenüber nur den Anspruch auf eine Abfindung. Von einer förmlichen Aufnahme in das Geschlecht wissen übrigens wenigstens die götischen Rechte; sie setzen indessen dabei stets voraus, daß der Aufzunehmende mütterlicherseits unfreier Geburt und somit einer Freilassung bedürftig sey, und besprechen die Wirkungen jenes Actes nur insoweit, als sich dieselben auf eine Vervollständigung der Freienrechte beziehen.

Eigenthümliche Bestimmungen zeigen die dänischen Rechte. Während die übrigen nordischen Rechte zwar stets die Anerkennung der unechten Kinder durch den Vater voraussetzen, aber diese nöthigenfalls klagweise erzwingen lassen, schließen die dänischen Rechte jede Klage auf Vaterschaft aus. Nur der unechte Sohn ist dem väterlichen Geschlechte gegenüber irgendwie berechtigt, der vom Vater öffentlich und förmlich als solcher anerkannt, und überdieß mit einigem Besitze ausgestattet wurde; auch ein solcher hat zwar auf die Erbschaft seines Vaters oder auch nur auf eine bestimmte Abfindung keinen Anspruch, ist vielmehr lediglich auf das bei Lebzeiten des Vaters

Digitized by Google

Empfangene beschränkt, aber er steht in der väterlichen Mundschaft, zählt zu des Vaters Geschlecht, und hat seinen echtgebornen Geschwistern gegenüber ein Erbrecht, wie er von ihnen beerbt wird. Später werden auch wohl die Formen der Anerkennung erleichtert, und wird die wirkliche Uebergabe von Gut bei Lebzeiten des Vaters nachgesehen; ja es wird, für den Fall daß eine Zuwendung bei dessen Lebzeiten überhaupt nicht erfolgt wäre, den unechten Kindern sogar ein subsidiäres Anrecht auf eine bestimmte Quote des Nachlasses eingeräumt. Der Mutter gegenüber ist endlich das uneheliche Kind jederzeit erbberechtigt, es mag von seinem Vater rechtsförmlich erkannt seyn oder nicht.

Bei allen diesen Bestimmungen sind übrigens jederzeit einfach ledige Kinder vorausgesetzt; weit härter werden im Ehebruch oder Incest Erzeugte behandelt, sowie auch, obwohl aus ganz andern Gründen, Kinder von Aechtern, selbst wenn mit dem Gatten selbst erzeugt. Sieht man von solchen besonderen Fällen ab, so zeigt sich in allen nordischen Rechten eine mit der Zeit Schritt vor Schritt steigende Härte gegen die unechten Kinder, neben welcher höchstens der schwerlich aus germanischer Wurzel entsprossene Satz einige Milderung gewährt, daß solche ihrer Mutter, wenn auch nicht ihrem Vater gegenüber erbberechtigt seyen. Ein Nachlassen von der alten Strenge hinsichtlich der Erfordernisse der echten Geburt steht jener härteren Behandlung der unechten gegenüber, und zumal werden Brautkinder, sowie Kinder eines geraubten und somit nicht legal verlobten Weibes jetzt mehrfach den echtgeborenen gleichgesetzt; durch die Kirche wird auch die legitimatio per subsequens matrimonium eingeführt, freilich zum Theil nicht ohne auf zähen Widerstand der germanischen Rechtsanschauungen zu stoßen.

Ganz auf demselben Boden wie die nordischen Rechte stehen nun aber auch die langobardischen Rechte. Sie lassen die liberi naturales, falls sie nur nicht im Incest und dergleichen erzeugt waren, sogar neben den legitimi erben, nur freilich auf eine geringere Quote, und betrachten dieses ihr Erbrecht ebenso als unentziehbar, wie dasselbe nicht ohne die Zustimmung der echtgeborenen Kinder zu deren Nachtheil ausgedehnt werden darf; sie räumen den unechten Söhnen einen Antheil an dem Rechte ihre echtgeborenen Schwestern zu verloben, und somit auch an dem für deren

Digitized by Google

Mundschaft zu zahlenden Preise ein; sie gewährten ihnen die Theilnahme an der verwandtschaftlichen Eideshülfe; am Wergeld, welches für den naturalis zu entrichten ist, nehmen die legitimi nach festbestimmten Quoten Antheil, und dasselbe muß aller Analogie nach auch im umgekehrten Falle gelten. Aus einer Stelle der lex Bajuvariorum macht der Verfasser wahrscheinlich, daß auch bei den Bayern den unechten Kindern erst später das Erbrecht entzogen worden sey, aus ein paar fränkischen Formeln, daß das fränkische Recht dem Vater wenigstens gestattete in Ermangelung echter Kinder den unechten seine Verlassenschaft zuzuwenden; zugleich wird von ihm dargethan, daß die Erblosigkeit und infamia, von welcher die L. Salica emendata. 14, §. 16 spricht, nur auf die incestuosen Kinder sich bezieht, und aus kirchlichen, nicht germanischen Quellen stammt, und daß somit diese Stelle nicht für die angebliche Rechtlosigkeit der unecht Geborenen in der Zeit der Volksrechte angeführt werden dürfe.

Wie nun aber die dem älteren Rechte fremde Rechts- und Erblosigkeit der unechten Kinder entstanden sey, darüber gibt der Verfasser leider nur dürftige Andeutungen. Der römisch rechtliche Satz, daß uneheliche Kinder rechtlich keinen Vater, wohl aber eine Mutter haben, habe durch Vermittlung der Kirche Eingang gefunden; aus der kirchlichen Auffassung alles außerehelichen Geschlechtsverkehres als eines sündhaften habe sich die Ausstoßung derselben aus der Familie, sowie die Vorstellung ergeben, daß ihre Geburt eine befleckte sey. Theils von hier aus, theils durch das Häufigerwerden der fahrenden Weiber, theils endlich durch die schroffere Absonderung der Stände und das damit zusammenhängende Bestreben jedes Standes, sich fleckenlos zu halten, erkläre sich die Rechtlosigkeit der unechten Kinder, während zugleich das eventuelle Recht der Könige auf den Nachlaß der unbeerbten Leute es vortheilhaft erscheinen ließ, dieselben in erbrechtlicher Beziehung möglichst von ihren Blutsfreunden loszulösen. Endlich wird aus einer Anzahl späterer Quellen dargethan, daß selbst noch im späteren Mittelalter die Rechtlosigkeit und Erblosigkeit der unechten Kinder keineswegs überall in gleichem Umfange durchgeführt war, und daß in einer Reihe von Rechten noch immer Spuren der früheren milderen Behandlung derselben zu finden sind.

Einen Haupteinwand, welcher gegen seine ganz Darstellung

Digitized by Google

gemacht werden könnte, sucht der Verfasser von vornherein abzuschneiden, den Einwand nämlich, daß bei den Deutschen neben der echten Ehe noch ein concubinatus als rechtlich ausgeprägtes Institut üblich gewesen, und alles was die Quellen über eine günstigere Behandlung der unechten Kinder enthalten, nur auf die Concubinenkinder zu beziehen sey. Der Verfasser läugnet durchaus für die ältere Zeit die Existenz eines solchen Mittelverhältnisses. Nur echte Ehefrauen oder Kebsweiber habe das ältere Recht gekannt, und die letzteren, meist Unfreie, zuweilen aber auch Freie, hätten im Hause gar keine Rechte anzusprechen gehabt; demgemäß sey auch von keinem Unterschiede zwischen Concubinenkindern und andern unehelichen Kindern die Rede, vielmehr mache höchstens der Umstand, ob deren Mutter frei oder unfrei, und letzterenfalls etwa, ob sie eine Magd des Kindsvaters oder eines andern war, einigen Unterschied. Erst durch die Kirche sey das Kebsweiberthum, ehe man es völlig zu beseitigen vermochte, „gewissermaßen eine Rechtsinstitution" geworden, jedoch mehr für die Kirchendisciplin als für das Civilrecht, und nur um noch regelloserer Vielweiberei entgegenzuwirken. Ebensowenig dürfe man in den naturales libori der langobardischen Gesetze Kinder aus einer ungleichen Ehe sehen; aller quellenmäßige Anhaltspunkt für jene weitere oder diese engere Annahme fehle vollständig.

Referent gesteht, so sehr er sich durch die gesammte übrige Darstellung des Herrn Verfassers befriedigt fühlt, hinsichtlich dieses letzteren Punktes nicht völlig überzeugt worden zu seyn. Die Polygamie, deren Vorkommen im germanischen Heidenthume der Verfasser natürlich anerkennt, setzt fast nothwendig eine Verschiedenheit der Berechtigung zwischen den verschiedenen Weibern desselben Mannes voraus, und wenn z. B. König Harald Harfagr zugleich 10 Ehefrauen (konur) und 20 Kebsweiber (frillur) hatte, so ist kaum begreiflich, wie jene ersteren alle in demselben Verhältnisse zu ihrem Manne und zu dessen Haus stehen konnten; húsfreyja, Hausherrin, konnte schwerlich mehr als ein Weib in einem Hause seyn. Andererseits, um nur noch ein Bedenken geltend zu machen, sprechen die normännischen Geschichtsschreiber wiederholt von einer Ehe „nach dänischer Sitte" in einer Weise, welche dringend wahrscheinlich macht, daß dabei an ein rechtlich ausgebildetes Verhältniß, welches aber doch der echten Ehe an

Digitized by Google

Bedeutung nachstand, zu denken sey. Der ganze Zwischenpunkt dürfte übrigens für die vorliegende Frage nicht von Erheblichkeit seyn. Sicher scheint nämlich, daß bereits im Heidenthum auch der im vollsten Sinne des Wortes uneheliche Sohn rechtsfähig und erbfähig war, wie denn z. B. König Hakon der Gute ein ambattarson, der Sohn einer Unfreien, war und dennoch in das norwegische Reich succedirte; nicht minder sicher, daß in den der christlichen Zeit angehörigen Rechten, auf welche sich Wilda's Beweisführung wesentlich stützt, von einer Unterscheidung zwischen Concubinenkindern und anderen unechten Kindern keine Spur sich zeigt. In der Hauptsache also müssen wir die vorliegende Abhandlung als eine werthvolle Bereicherung der germanistischen Litteratur begrüßen, in ihr eine endgültige Berichtigung bisheriger irriger Ansichten über einen für die deutsche Rechtsentwicklung nicht unwichtigen Punkt erkennen, und dem hochverdienten Verfasser für diese neue Leistung auf dem von ihm mit so großem Erfolge angebauten Gebiete der vergleichenden germanischen Rechtsgeschichte unsern wärmsten Dank aussprechen. M.

---

4) *Die deutschen Rechtsbücher des Mittelalters und ihre Handschriften von G. Homeyer.* Berlin. Dümmler. 1836. VIII und 176 Seiten 8.

Von welch erstaunlichem Erfolge für die genauere Kunde wichtiger Denkmäler des mittelalterlichen deutschen Rechtes das vor 20 Jahren erschienene nicht in den Buchhandel gekommene, nur aus 4 Bogen bestehende „Verzeichniß deutscher Rechtsbücher des Mittelalters und ihrer Handschriften" von demselben emsigen Forscher und gründlichen Kenner dieses Gegenstandes begleitet war, beweist die unter oben angeführtem Titel nunmehr dem größeren Publicum mitgetheilte Gabe in bereits 12 Bogen. Und selbst da noch möchte sie von dem gewiß eben so bescheidenen als auch zur Zeit erreichbaren Grundsatz „den gegenwärtigen Stand der Kunde von den Rechtsbüchern und ihrer Handschriften in Kürze darzulegen, und dadurch zum Berichtigen und Mehren dieser Kunde einen neuen und allgemeineren Antrieb zu geben" nicht abgehen.

Digitized by Google

Zunächst nun ist ein Hauptergebniß in Bezug auf das Zahlenverhältniß der jetzt bekannten Handschriften deutscher Rechtsbücher — nach des Verfassers eigenen Worten Darstellungen deutscher Rechtssätze aus dem 13, 14, 15 Jahrhundert; entsprungen aus schriftstellerischer, nicht gesetzgeberischer oder autonomischer Thätigkeit; in ihrer Wirksamkeit nicht in ein bestimmtes Landes- oder Ortsgebiet beschlossen, sondern verbreitet in einem oft weiten Kreise, der durch die Billigung der Zeitgenossen vorzüglich der Gerichtsherren und Urtheilsfinder sich bildet — daß deren weitere 291 aufgebracht sind, so daß sie im Ganzen sich im Augenblicke auf die Summe von 746 stellen.

Was deren Verzeichniß selbst (von Seite 64 — 168) betrifft, hat, abgesehen von der bemerkten Zahlenmehrung wie insbesondere auch der inzwischen möglich gewordenen Berichtigung und Ausführung einzelner Punkte, die Anordnung keine Abänderung erfahren. Es ist nämlich wieder „das Register alphabetisch, nach den Aufenthaltsorten bei Handschriften in festen Bibliotheken, nach den Eigenthümern bei denen im gewöhnlichen Privatbesitz geordnet." Gewiß fördert diese Verfahrungsweise das schnelle, mehr mechanische Auffinden von Stücken, bei welchen man die Aufenthaltsorte oder Eigenthümer kennt, ganz ungemein. Um jedoch zugleich durch raschen Ueberblick des im einzelnen vorliegenden Stoffes auch der Sache der deutschen Rechtsbücher wesentlich zu nützen, ist am Schlusse von Seite 169 — 174 eine „Zahlenübersicht der in den Handschriften enthaltenen Quellen" beigefügt, welche das systematische Bedürfniß vollkommen befriedigt. Aufrichtig zu bedauern möchte bezüglich einer naheliegenden deutschen Rechtsquelle nur seyn, daß das sogenannte Rechtsbuch des Königs Ludwig, welches in der früheren Arbeit vom Jahre 1836 noch seine Stelle eingenommen, jetzt hat weichen müssen. Natürlich läßt sich aber darüber nicht rechten, nachdem wir diese Quelle Auers Forschungen gemäß doch nur in der Gestalt eines Landesgesetzes besitzen, sie also nicht unter die oben angeführte Begriffsbestimmung der Rechtsbücher fällt, und vielleicht besser überhaupt bayerisches Landrecht benannt würde.

So großer Dank dem Verfasser nun schon hinsichtlich des außerordentlichen Materialnachweises zu spenden ist, unbedingt höher muß man noch den Gewinn anschlagen, welchen gleich jetzt

Digitized by Google

die deutschen Rechtsbücher aus dem Verzeichnisse schöpfen, welches er von Seite 2 — 62 von ihnen gibt. Wer könnte auch mehr hiezu berufen seyn? Hat doch gerade der überall gerühmte Herausgeber des sogenannten Sachsenspiegels die so wichtige Stellung von diesem zum sogenannten Schwabenspiegel vor noch nicht drei Jahren*) in einer Weise festgestellt, daß alle Zweifel darüber als beseitigt zu erachten sind. Auch anderwärts her war in dem zwanzigjährigen Zeitraum seit des Verfassers erstem Verzeichnisse der deutschen Rechtsbücher manches für sie geschehen. Daher überall die gewissenhaft nachhelfende Hand. Daher in der jetzigen Schrift einmal wesentliche Erweiterungen im Verhältniß zum damaligen Inhalt, insbesondere aber höchst schätzbare kritische Andeutungen und meist Ausführungen über die etwaige Entstehung nach Ort und Zeit und sonstigen Verhältnissen, wie über andere dahin einschlagende Fragen der einzelnen deutschen Rechtsbücher sowohl für sich als auch in ihrem Zusammenhang mit anderen, soweit nach dem jetzt vorliegenden Material zu gehen gestattet ist. Darüber kann natürlich nicht hier in wenig Zeilen berichtet werden. Zur beiläufigen Kenntnißnahme sey nur die Hauptabtheilung des „Verzeichnisses der Rechtsbücher" hier bemerkt. Sie zerfallen in drei Hauptgruppen. Sie sind zunächst sächsische, und zwar Land- und Lehenrecht, Rechtsgangbücher, Stadtrechtsbücher je mit verschiedenen nicht unbedeutenden Unterabtheilungen; sodann außersächsische, und zwar der sogenannte Schwabenspiegel, das Kaiserrecht, Ruprechts Rechtsbuch; endlich gemischte Arbeiten, wie Verbindungen der beiden Spiegel und anderes.

Das allein dürfte schon zur Genüge die Fülle des Inhalts der angeführten Schrift belegen, von der man ohne alles Bedenken die Ueberzeugung aussprechen kann, daß sie selbst kein Gelehrter ohne vielfache Belehrung aus der Hand legen wird, und daß sie für die gründliche Bearbeitung derjenigen deutschen Rechtsbücher, für welche noch wenig oder nichts geschehen ist, fort und fort — wie schon der erste Versuch vor 20 Jahren es geworden ist — in ganz vorzüglicher Art Wegweiserin bleiben wird.

R.

*) Die Stellung des Sachsenspiegels zum Schwabenspiegel von G. Homeyer. Berlin, Dümmler. 1853. 8.

Digitized by Google

5) Ueber die *festuca notata* und die germanische Traditionssymbolik. Ein germanistischer für die k. bayerische Akademie der Wissenschaften bestimmter Vortrag von Dr A. L. J. Michelsen, geh. Justiz- und Oberappellationsgerichts-Rath, Professor der Rechte in Jena. Jena, Fr. Frommann 1856. 30 S. 4.

Es ist im Kreise der Germanisten wie zum Theil darüber hinaus die vor drei Jahren erschienene, auf lange Forschungen gestützte Abhandlung über die Hausmarke*) noch wohl im Gedächtnisse, hauptsächlich darauf berechnet „zuvörderst die Gesammtbedeutung des Instituts aufzuklären und den ganzen weiten Gesichtskreis, unter welchem dasselbe in Zukunft wissenschaftlich aufzufassen seyn wird, zu ermessen und zu bestimmen."

Jetzt unterwirft der Verfasser zunächst einen Theil aus jener rechtsgeschichtlichen Materie einer Einzelforschung, nämlich die dort angegebene Bedeutung der Haus- und Hofmarke als *festuca notata*, ein Punkt von um so größerer Wichtigkeit, „als erst dadurch der ganzen Lehre von jener althergebrachten Kennzeichnung des individuellen Grundeigenthums eine an die urkundlichen Anfänge der germanischen Rechtsgeschichte sich anschließende Unterlage und Begründung zu Theil wird." Es ist nämlich nach vielen Urkunden und Zeugnissen vom achten bis in den Anfang des zwölften Jahrhunderts die Tradition der Ländereien per festucam vollzogen worden, und zwar per festucam notatam. Freilich erscheint hier öfter auch per festucam nodatam geschrieben, aber gewiß fälschlich; denn das darf sicher behauptet werden, nach dem ganzen Ergebniß der Forschung des Verfassers hierüber bleibt für letztere Lesart gar keine Wahrscheinlichkeit, während für die jetzt ausschließlich anzunehmende alles spricht. Wie ist nun die Sache zu fassen? durch die Uebergabe des mit der Marke versehenen Stäbchens. Und zwar ist dieses nicht als ein Strohhalm zu nehmen, wozu man sich vielleicht durch die alliterirende Formel „Hand und Halm" hat verleiten lassen, welche allerdings dieselbe Uebertragungsform zu bezeichnen scheint, sondern es ist ganz entsprechend dem regelmäßigen Sprachgebrauch des Wortes als ein Stäbchen aus Holz zu fassen. Sind ja doch auch die so häufigen urkundlichen

*) Sie ist angezeigt in dieser Zeitschrift I. S. 433 — 436.

Digitized by Google

Formeln der Traditionen per fustem, per baculum, per virgam oder virgulam, per lignum oder cum ligno oder per frustum oder frustulum ligni, per fusillum (d. h. Spindel, rundes Stäbchen), cum veru (Spießchen) wesentlich gleichbedeutend. Die festucatio effestucatio ist, obwohl in verschiedener Weise, Ausantwortung der Sache in der Form einer Stabung, wie sie namentlich in den Niederlanden bis auf gegenwärtiges Jahrhundert herab gewöhnlich geblieben ist. Während nämlich der Strohhalm für diesen Zweck unter freiem Himmel, wo die Gerichts- und Volksversammlungen gehalten wurden, insofern weniger mit Vortheil zu benutzen war, als er vom Traditenten nicht mit Sicherheit dem Empfänger zugeworfen werden konnte, geht das beim gemärkten Stäbchen, bei der festuca notata*) recht gut. Davon aber liefert die Hausmarke und deren Bedeutung die einfache und ungezwungene Erklärung. Zu wünschen wäre nur, daß man dergleichen noch im vorigen Jahrhundert nachweisbar in französischen und italienischen geistlichen Archiven aufbewahrte Originalfestuken ans Licht zöge. Im früheren Mittelalter hat man nämlich oftmals das Hölzchen mit der Marke „an das Diplom angehängt, um dieses auch dadurch augenscheinlich in seiner Aechtheit und in seiner Originalisirung stärker zu beglaubigen", und das Archiv zu Notre-Dame in Paris bewahrte eine festuca, wornach zwei Leibeigne an die Kirche übergeben worden sind, aus dem neunten Jahrhundert, welche als einen halben Fuß lang, ungefähr einen halben Fuß dick und viereckig zugeschnitzt beschrieben wird. Fänden sich dergleichen noch, ihre Untersuchung wäre von Interesse, um zu erfahren, ob und welche Zeichen an ihnen eingeschnitten sind.

Wir sind bisher dem Verfasser ausschließlich in der Betrachtung der *festuca notata* nachgegangen. Daß die Ergebnisse überraschende sind, leuchtet von selbst ein. Aber er ist dabei allein nicht stehen geblieben. Von selbst begreift man, daß beim Markstäbchen an den betreffenden Stellen auch des in den Urkunden

*) Sehr natürlich erklärt sich daher auch „das jactare festucam in laisam (d. h. in den aufgehaltenen Rockschooß) nach der lex salica tit. XLVI., um das Vermögen (fortuna, facultas) auf einen anderen zu übertragen, sowie das reddere debet et accipiat festucam in dieser berühmten Stelle, denn die festuca (das Hölzchen mit der Marke) bezeichnet das Vermögen, ist also im Rechtsacte dieses selbst."

Digitized by Google

häufig, oder meistens damit in Verbindung gebrachten Messers Erwähnung geschieht, womit die Marke eingeschnitten ward. Höchst bedeutend aber ist, es wird die ganze Kette, von welcher die festuca notata mit dem Messer nur ein Glied ist, einer genaueren Betrachtung unterworfen. Es reducirt sich nämlich „die Zahl der Symbole und Zeichen, sobald im früheren Mittelalter die Tradition von Grundstücken bei den südgermanischen Stämmen in optima forma vollzogen ward, gewöhnlich auf acht." Sie sind Rasen, Zweig; Stäbchen, Wasser; Handschuh, Andelang; Urkunde, Schreibzeug. Und sie erscheinen in ihrer fast regelmäßigen Aufführung keineswegs etwa ordnungslos. Insoferne die Eigenthumsveräußerung an sich und ursprünglich auf drei wesentlichen Momenten beruht, der Uebergabe der Sache, der Erklärung des auf Ueberlassung der Sache zu Eigenthum gerichteten Willens des bisherigen Eigenthümers, dem Versprechen der Gewährleistung, wozu dann noch als viertes die Beurkundung zum künftigen Beweise kommt, fallen auf jedes dieser Momente zwei unserer Traditionszeichen, und sie sind so paarweise, wie vorhin geschehen ist, aufzufassen. Es kommt so nicht bloß der Act, sondern auch die Action zur Versinnlichung. Doch ist das nicht unbedingt nothwendig. Oft erscheint auch nur eines der beiden Zeichen, so daß durch dieses allein dem ganzen Symbol genügt seyn muß. Auch dafür findet der Verfasser eine naheliegende „Erklärung darin, daß in jeder Zweigliedrigkeit eine reale Tautologie gegeben ist, die der tautologischen Ausdrucksweise, wie sie in der altdeutschen Rechtssprache eine so große Rolle spielt, wesentlich entspricht." Es führte zu weit, hier bezüglich des Einzelnen in das eben so anziehende, als auch wo es angeht, bis zur Gegenwart herab noch sichtbare oder fühlbare Detail zu folgen. Wenn einmal „geäußert wird, man müsse immer mehr zu der Ueberzeugung kommen, daß wir in solcher naturwüchsigen germanischen Rechtsplastik ursprünglich ein Ensemble von eben so viel treffender Wahrheit als schöner Abrundung vor uns haben", ist nach unserer Meinung einer der bedeutenderen Schritte in dieser Beziehung gerade durch die vorliegende Abhandlung gethan.

Es ist natürlich, daß hiebei auch auf einzelne ohne den ganzen Zusammenhang gar nicht oder doch schwer verständliche Dinge plötzlich frisches Licht fällt. Es sey —

Digitized by Google

ganz abgesehen von der Erklärung der Formel *wamlo et wandilanc* für Handschuh und (anstatt des erst zu Ende des 13. Jahrhunderts aufgekommenen Panzerhandschuhs) Handbinde — nur der unzähligemale vorkommenden Clausel *„stipulatione subnexa"* gedacht, welche ohne Zweifel richtig ihre Stellung dahin erhält, daß sie eine besondere Gewähr der Erfüllung des in der Urkunde bezeugten Versprechens bezweckt, und zwar vermittelst eines feierlichen Angelöbnisses in der Form einer Stabung, wovon Nachklänge sich noch in unserem Gerichtswesen und Volksleben finden.

Was also die festuca notata anlangt, dürfte kaum ein Bedenken obwalten, daß ihr durch des Verfassers Untersuchung „in der Reihe und Gesammtheit der verschiedenartigen Traditionssymbole der germanischen Volksstämme, wie wir sie in den frühesten Urkunden antreffen, ihre rechte Stelle angewiesen und in dieser durch die älteste Rechtsverfassung für sie gegebenen organischen Umgebung ihre wahre Bedeutung zur Genüge dargethan" ist. Ueberdieß aber liefert die Abhandlung einen höchst wesentlichen Beitrag zu dem immer klarer sich gestaltenden Verständnisse „daß überhaupt die Symbolik unseres ältesten Rechts, gleich der altrömischen Rechtssymbolik, weniger Phantasie und Poesie, aber mehr juristischen Begriff und mehr pragmatischen Rechtssinn enthalten möchte, als man bisher anzunehmen pflegt, und daß dieselbe, wenn sie sich auch sinnlich und sinnbildlich gestaltet und einkleidet, doch nicht in idealer Anschauung, sondern in der realen Wahrheit und Wirklichkeit des praktischen Rechtslebens wurzelt."

R.

Digitized by Google

Digitized by Google

VI.

Die Literatur und Gesetzgebung über das Patentwesen.

J. E. Horn, über gewerbliche Erfindungen und Patentgesetze. VI. Artikel im Bremer Handelsblatt, Jahrgang 1854. Nr. 155—160.

E. Th. v. Kleinschrod, die internationale Patentgesetzgebung nach ihren Principien, nebst Vorschlägen für ein künftiges gemeines deutsches Patentrecht. Erlangen 1855.

Dr. Eduard Stolle, die einheimische und ausländische Patentgesetzgebung zum Schutze gewerblicher Erfindungen. Nachgelassenes Manuscript, geordnet, ergänzt und herausgegeben von Otto Hübner. Leipzig 1855.

Das Institut der Erfindungspatente ist in Deutschland von verhältnißmäßig jungem Datum. Fast 170 Jahre hatte es in England — seiner Geburtsstätte — bestanden, ehe es nach dem frei gewordenen Nordamerika und nach Frankreich verpflanzt wurde; und wieder vergingen 20 Jahre und darüber, bevor es in Deutschland Fuß faßte. Der erste deutsche Staat in dem das Patentinstitut (1840) eingeführt wurde, war Oesterreich; ihm folgte 1815 Preußen. Die wenigen deutschen Staaten, die außer den beiden genannten noch eigene Patentgesetze besitzen, nämlich: Bayern, Württemberg, Sachsen und Hannover, erhielten sie erst in dem Zeitraum von 1825 — 1847. Alle Fortbildung, die das Patentinstitut in Deutschland seit seiner Einbürgerung auf legislativem Felde erfuhr, ist das Verdienst Oesterreichs; seine Gesetzgebung schenkte diesem Gegenstande, nachdem sie ihn einmal ergriffen, fortwährende Aufmerksamkeit, ermüdete in ihren Reformbestrebungen — wie die rasch aufeinander gefolgten Patentgesetze von 1820, 1832 und 1852 beweisen — nicht, und wirkte durch

Digitized by Google

das, was sie schuf, auch bestimmend auf die Patentgesetzgebung Bayerns und Württembergs ein. Preußen steht in diesem Gebiete bis zur Stunde noch auf derselben Stelle die es 1815 einnahm; erst in jüngster Zeit wurden hier zu einer zeitgemäßen Reformirung des veralteten und mangelhaften Publicandums über die Ertheilung von Patenten vom 14ten October 1815 Einleitungen getroffen, die aber bis jetzt noch keinen sichtbaren Erfolg hatten. Die Uebereinkunft der deutschen Zollvereinsstaaten wegen Ertheilung von Erfindungspatenten vom 21 Septbr. 1842 aber diente mehr nur dazu, das Bedürfniß einer gemeinsamen Patentgesetzgebung für den Zollverein noch fühlbarer zu machen, und es aller Welt darzulegen, als es zu befriedigen.

Sowie England, Frankreich und Nordamerika in der Annahme des Patentinstituts den Vortritt vor Deutschland haben, so steht auch die deutsche Literatur in diesem Zweige der englischen und französischen sowohl an Umfang als Inhalt bedeutend nach. Außer mehreren sehr schätzbaren kleineren Arbeiten von Schuller[1]) Weinlig[2]), Ammermüller[3]), und Robert Mohl[4]) besitzt unsere Literatur nur zwei größere Monographien über das Patentwesen von Krauß[5]) und Skarda[6]), von denen die letztere sich bloß auf die Darstellung des österreichischen Patentrechtes beschränkt und von geringem wissenschaftlichen Werthe ist. Die

---

1) Betrachtungen über das österreichische Privilegienpatent vom 31 März 1832, und über Privilegiengesetzgebung überhaupt in der Ztschrft. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit und polit. Gesetzk. Jahrg. 1841 I. Bd. S. 57 — 65 u. Jahrg. 1843 I. Bd. S. 176 — 187.

2) Ueber Erfindungspatente mit besonderer Rücksicht auf die bestehenden Gesetzgebungen in Rau's Archiv d. polit. Oekonomie. N. F. I. Bd. 1843. S. 247 — 268; dann: Noch einige Bemerkungen über Patentgesetzgebung, ebenda im VII. Bd. 1848. S. 44 — 57.

3) Ueber Patentgesetzgebung und das Bedürfniß eines Patentgesetzes für den Zollverein, in der Tübinger Ztschrft. f. d. ges. Staatswissenschaft. 3. Bd. 1846. S. 558 — 610.

4) Englische und belgische Gesetzgebung über Erfindungspatente in der krit. Zeitschr. für Rechtsw. und Gesetzgebung des Auslands. 25. Bd. 1852. S. 109 — 151.

5) Geist der österreichischen Gesetzgebung zur Aufmunterung der Erfindungen im Fache der Industrie. Wien 1838.

6) Das österreichische Privilegienrecht. Wien 1842.

Digitized by Google

von Schuller veranstaltete Sammlung der Patentgesetze[7]) ist jener des Belgiers Dujeux[8]) wohl vorangegangen, jedoch unvollendet geblieben.

Diese deutschen Arbeiten wenden sich vorwaltend nur der volkswirthschaftlichen Seite des Patentinstituts zu; die juristische, so sehr bebaut in der englischen und französischen Literatur, erfreut sich in ihnen nur geringer Berücksichtigung. Auch durch die oben verzeichneten neuen Schriften über das Patentwesen wurde zur Ausfüllung dieser Lücke nichts beigetragen. Die Patenttheorie sowie die kritische Würdigung der bestehenden Patentgesetze, die wir in den beiden ersten Schriften finden, haben gleichfalls nur die volkswirthschaftlichen Zwecke und Wirkungen des Instituts im Auge. Die dritte ist aber ein bloßes Sammelwerk, das den Inhalt sämmtlicher geltenden Patentgesetze nach bestimmten Fragen geordnet in vergleichender Darstellung auszugsweise gibt, und zugleich den Leser mit den Ansichten der hervorragendsten Theoretiker Englands, Frankreichs, Belgiens und Deutschlands über das Patentwesen, dann auch mit jenen der Praktiker, wie sie bei der aus Anlaß der jüngsten Reform der englischen Patentgesetzgebung 1851 stattgefundenen Enquête hervorgetreten sind, bekannt macht. Die eigenen Ansichten des Verfassers erfahren wir bloß aus dem Vorwort des Herausgebers und aus einzelnen zerstreuten Anmerkungen.

Ob und inwieweit diese neuesten Beiträge zur Literatur des Patentwesens ein Gewinn für die Wissenschaft sind, darüber kann nur ein Einblick in die neueste Gestaltung, zu der das Patentinstitut in der Literatur und Gesetzgebung sich herausgebildet hat, Aufschluß geben. Wir wollen diese Gestaltung in ihren Hauptumrissen zeichnen, und werden im Verfolge unserer Zeichnung immer gleich andeuten, wie sich zu ihr das verhält, was die vor uns liegenden jüngsten Arbeiten bieten.

Ein Patent ist ein schriftliches Document, das seinem Inhaber das zeitliche Recht zur ausschließenden Ausbeutung einer industriellen Erfindung gibt. Daß die Erfindung, um hierauf ein Patent erlangen zu können, industrieller Art seyn müsse, d. i.

7) Handbuch der Gesetze über ausschließliche Privilegien auf neue Erfindungen. Wien 1843.

8) Recueil des lois et des reglements en vigueur sur les brevets d'invention chez les différents peuples. Bruxelles. 1846.

Digitized by Google

daß sie in einem neuen industriellen Erzeugnisse, oder in einem neuen Erzeugungsmittel oder in einer neuen Erzeugungsmethode bestehen, daß sie geeignet seyn müsse, als Industrie- oder Handelsgegenstand benützt zu werden, darüber herrscht fast völlige Uebereinstimmung. Theoretische Principien, Lehrsätze, wissenschaftliche Entdeckungen, mögen sie immerhin einer industriellen Anwendung und Verwerthung fähig seyn, sind hiernach so lange von der Patentirung ausgeschlossen bis sie diese Anwendung gefunden haben, und auch dann ist nicht das Princip oder der Lehrsatz, sondern nur die industrielle Verkörperung desselben der Gegenstand des Patentes. Ebenso stehen die Werke der Schriftsteller und Künstler außer dem Bereiche des Patentinstituts; der Schutz gegen Nachdruck und Nachbildung, dessen sie sich erfreuen, läuft als etwas besonderes neben dem Patentschutze einher. Es ist dieß auch die Ansicht der Verfasser sämmtlicher drei Schriften; doch finden wir, was den Unterschied zwischen literarischen und artistischen Productionen und industriellen Erfindungen und die nothwendige Ausscheidung der ersteren aus dem Gebiete der Patentgesetzgebung anlangt, bloß bei Horn eine tiefer eingehende Ausführung, während v. Kleinschrod sich dießfalls mit bloßen Andeutungen begnügt, und Stolle sich einfach dahin erklärt, daß nicht die Idee selbst, sondern nur die industrielle Ausführung derselben patentirbar sey.

Da jede industrielle Erfindung sich an Vorhandenes und Bekanntes anlehnt, nur eine Frucht oder Fortbildung des letzteren ist, so läßt sich eine Gränzlinie zwischen Erfindung und Verbesserung kaum ziehen; jede Erfindung ist eine Verbesserung, und umgekehrt erscheint wieder jede Verbesserung gewissermaßen als eine Erfindung. Deßhalb wird die Patentfähigkeit neben den industriellen Erfindungen allgemein auch den industriellen Verbesserungen zugestanden. Es gilt hier gleich, ob die Verbesserung sich auf einen noch unter Patentschutz stehenden Gegenstand bezieht, oder ob dieser der freien Benützung anheimgegeben ist, und ob im ersteren Falle der Erfinder und beziehungsweise Patentinhaber selbst oder ein Dritter der Verbesserer ist. Befinden sich Erfindungspatent und Verbesserungspatent in verschiedenen Händen, so steht fast ohne Ausnahme der Grundsatz fest, daß der Inhaber des Erfindungspatentes weder die patentirte, seine Erfindung betreffende Ver-

Digitized by Google

besserung, noch der Inhaber das Verbesserungspatentes die Erfindung ausüben kann, so lange die beiderseitigen Patente dauern. Jene formelle Gleichstellung zwischen dem Haupterfinder und einem dritten Verbesserer artet aber häufig in eine Verkürzung des ersteren aus, weil es für Dritte nicht schwer ist, an einer gemachten Erfindung Verbesserungen anzubringen, auf die der Erfinder früher oder später selbst gekommen seyn würde, und weil Erfindungen überdieß gewöhnlich noch in einem Zustande der Unreife und daher großer Verbesserungsfähigkeit unter Patentschutz gestellt werden, um zu verhüten, daß andere das Geheimniß erspähen und in der Patenterwerbung zuvorkommen. Gegen diese Verkürzung des Haupterfinders gibt der obenerwähnte Rechtsgrundsatz, obwohl er rechtlich vollkommen begründet ist, keinen Schutz; im Gegentheil die Verkürzung wird fortgesetzt und selbst legalisirt. Aber auch dem dritten Verbesserer ist damit nicht gedient, da häufig die Verbesserung ohne die Erfindung nicht ausgeübt werden kann, das Verbesserungspatent also wenigstens unmittelbar für ihn ohne Werth ist. Aus dieser Erwägung floß die in der Patentgesetzgebung bisher einzig dastehende Bestimmung des französischen Patentgesetzes von 1844, welche jene formelle Gleichstellung erst nach Ablauf des ersten Jahres des Patentes auf die Haupterfindung eintreten läßt, und bis dahin dem Haupterfinder in Ansehung der Patentirung von Verbesserungen seiner Erfindung ein Vorrecht vor jedem dritten Verbesserer einräumt. Einen anderen Weg, die nachtheilige Stellung des Erfinders gegenüber dritten Verbesserern seiner Erfindung zu mildern, haben die Patentgesetze von England und Nordamerika eingeschlagen. Das neue englische Patentgesetz von 1852 gewährt auch einer noch nicht vollständig ausgeführten Erfindung einen 6monatlichen provisorischen Schutz, der dem Erfinder die Priorität der Erfindung und den Anspruch auf das Patent wahrt; innerhalb dieses 6monatlichen Termines ist dem Erfinder Muße gegeben seine Erfindung weiter auszubilden und zu verbessern. Denselben Vortheil verschafft das nordamerikanische Patentgesetz von 1836 dem Erfinder durch das Caveat, welches gleichfalls die Erwerbung eines vorläufigen gesetzlichen Schutzes zunächst auf die Dauer eines Jahres für eine noch nicht zur Reife gebrachte Erfindung bezweckt.

Digitized by Google

Die vor uns liegenden Schriften nehmen wohl die Patentfähigkeit der Verbesserungen im allgemeinen an, stimmen aber nicht für völlige Gleichstellung derselben mit den Erfindungen, sondern für Beschränkungen rücksichtlich jener, namentlich wenn auf die Verbesserung einer noch patentirten Erfindung von einem Dritten ein Patent genommen werden will; sie thun dieß jedoch in verschiedener Weise. Stolle entscheidet sich für die Bestimmung des französischen Gesetzes; v. Kleinschrod findet diese Bestimmung zwar löblich, aber nicht zureichend: ein bloß einjähriges Vorrecht des Haupterfinders vor dritten Verbesserern erscheint ihm zu kurz, er hält dafür, daß an dritte Verbesserer einer noch patentirten Erfindung während des ersten Drittheils der gesetzlichen Dauer des Erfindungspatentes nur mit Einwilligung des Haupterfinders Verbesserungspatente ertheilt werden sollten. Horn erklärt sich gegen die zu große Ausdehnung der Verbesserungspatente; er wünscht keine völlige Gleichstellung derselben mit den Erfindungspatenten, und bezeichnet es als einen Vorzug der russischen und schwedischen Gesetzgebung, daß beide den Verbesserungspatenten eine beschränktere Dauer zugestehen, als den Erfindungspatenten. Später macht er in Bezug auf jene Verbesserungen einer noch patentirten Erfindung, die ohne letztere nicht ausgeführt werden können, den eigenthümlichen Vorschlag: „Man gebe dem Verbesserer nur ein kurzes Patent (z. B. auf 5 Jahre), rechne aber dessen Dauer nicht vom Datum der Patentbewilligung, sondern von dem Tage an, wo ihm dessen wirkliche Ausübung möglich geworden."

Uns scheint dieser Vorschlag sehr beachtenswerth. Der patentirte Haupterfinder hat hier die Wahl, entweder dem Verbesserer durch Gestattung der Mitbenützung der Haupterfindung die Ausübung seiner Verbesserung sogleich möglich zu machen, und dadurch das Verbesserungspatent sofort in Lauf zu bringen; oder er kann auf der alleinigen Benützung der Haupterfindung beharren, wo dann der Verbesserer erst nach Aufhören des Erfindungspatentes in die Lage kommt, seine Verbesserung auszuüben. Er wird, wenn die Verbesserung wichtig ist, ohne Zweifel das erstere thun; denn da das Verbesserungspatent nur eine kurze Dauer hat, so erkauft er sich durch sein Zugeständniß die ausschließliche Benützung der Verbesserung für die nach Ablauf des Verbesserungspatentes

Digitized by Google

noch weiter folgenden Jahre seines Erfindungspatentes. Allerdings ist dann die Verbesserung Gemeingut geworden; da sie aber nach der gemachten Voraussetzung ohne die noch unter Patentschutz stehende Haupterfindung nicht ausgeübt werden kann, so ist er factisch doch der alleinige Benützer, so lange sein Patent dauert. Auch ist zu erwarten, daß der Verbesserer darauf eingeht, ja selbst während der Dauer des Verbesserungspatents schon dem Haupterfinder die Mitbenützung der Verbesserung zugesteht, weil ihm daran liegen muß, seine Verbesserung lieber früher als später auszuüben. Würde der Haupterfinder aber das zweite wählen, so würde er auch nach Ablauf seines Erfindungspatentes, wo die Erfindung ein Gegenstand freier Benützung geworden ist und daher auch von dem Verbesserer ausgeübt werden darf, die Verbesserung nicht ausüben können, weil nun das Verbesserungspatent erst nach Erlöschung des Erfindungspatentes in Wirksamkeit tritt. Nur in dem Falle, wenn die Dauer des Verbesserungspatentes der Zeit, durch welche das Hauptpatent noch besteht, nahe kommt, oder wohl gar darüber hinausreicht, weil seine Erwerbung in die letzten Jahre des Hauptpatentes gefallen ist, wird der Haupterfinder sich auf diesen letzteren Weg gedrängt sehen. Allein auch da wird der fragliche Vorschlag, da durch ihn die Dauer der Verbesserungspatente beschränkt wird, für ihn immer noch vortheilhafter seyn als das bisherige System, welches ihn wegen der zugestandenen längeren Dauer des Verbesserungspatents von der Benützung der Verbesserung nach Erlöschung seines Erfindungspatentes in der Regel durch noch längere Zeit ausschließt.

Es gehört zum Begriff einer Erfindung oder Verbesserung, daß sie neu sey. Die Neuheit bildet daher ein weiteres Erforderniß der Patentfähigkeit. Der Begriff der Neuheit wird bald enger bald weiter gefaßt. Nach der vorherrschenden Ansicht — auf deren Mittheilung wir uns beschränken wollen — wird eine Erfindung als neu betrachtet, die im Inlande bisher noch nicht ausgeübt wurde, noch in keiner öffentlichen Druckschrift beschrieben ist und auch im Lande noch nicht Gegenstand eines Patentes war. Die Neuheit wird daher bloß im relativen Sinn genommen, und fällt mit dem Nichtgekanntseyn, ja selbst mit der bloßen bisherigen Nichtanwendung im Inlande zusammen. Auf die Uebertragung einer im Inlande noch unbekannten ausländischen Erfindung

Digitized by Google

werden Einführungspatente verliehen, die als eine dritte Art von Patenten zu den Erfindungs- und Verbesserungspatenten hinzutreten. Einige Patentgesetzgebungen, wie jene von Sicilien, Bayern, Württemberg, Rußland und neuestens auch England, geben Einführungspatente bloß für die Einführung solcher fremden Erfindungen, die im Auslande patentirt sind, und nur für die Zeit als sie patentirt sind. Andere Patentgesetze, so das österreichische, französische, nordamerikanische, belgische gehen noch einen Schritt weiter und ertheilen für eine solche Erfindung nur dem auswärtigen Erfinder beziehungsweise Patentinhaber und seinem Rechtsnachfolger ein Einführungspatent. Diese letztbemerkte, am weitesten gehende Beschränkung der Einführungspatente ist die herrschende Ansicht der Theorie, und wir finden sie auch von den drei neuesten hier in Rede stehenden Schriftstellern im Patentfache vertreten; bloß Stolle scheint die zuerst genannte geringere Beschränkung schon für zureichend zu halten. Im übrigen fassen Horn und v. Kleinschrod den Begriff der Neuheit enger, Stolle aber weiter, als ihn die bisher herrschende Ansicht bestimmt. Horn steht in der Gleichsetzung der Neuheit mit der bisherigen Nichtanwendung und namentlich in der Bestimmung des neuen belgischen Gesetzes von 1854, wornach eine Erfindung nur dann den Charakter der Neuheit verliert wenn sie im Lande bereits vorher gewerbmäßig ausgebeutet wurde, oder schon früher eine vollständige Beschreibung und genaue Zeichnungen des Patentobjectes veröffentlicht waren, einen zu weit gehenden nicht zu billigenden Liberalismus. Nach v. Kleinschrod hört die Erfindung auf neu zu seyn, wenn sie, abgesehen von früherer Ausübung oder Veröffentlichung durch Druckschriften, auch auf irgend anderen Wegen in einer Weise zur öffentlichen Kenntniß gelangt ist, daß sie von Sachverständigen nachgeahmt werden kann; und auch dann fehlt ihr die Neuheit, wenn das Geheimniß derselben dem Erfinder betrügerischer Weise entwendet wurde, indem hier der Erfinder nur ein Regreßrecht gegen den Entwender hat. Stolle dagegen will die Erfindung so lange als neu betrachtet wissen, als nicht bewiesen ist, daß sie schon früher öffentlich in Ausübung gebracht wurde; eine vorangegangene Beschreibung derselben in einem Druckwerke soll ihrer Neuheit keinen Eintrag thun.

Eine Cardinalfrage im Patentwesen ist die nach dem Grunde

Digitized by Google

der Patentertheilung. Wir konnten sie, obwohl sie vor allen andern Fragen einhergeht, nicht wohl früher berühren, als nachdem wir bezeichnet haben was nach allgemeiner Annahme ein Patent ist. Ueber die Begründung des Patentinstituts finden wir in der Literatur und Legislation zwei wesentlich verschiedene Anschauungen; man legt ihm entweder ein volkswirthschaftliches oder juristisches Princip unter. Diejenigen die ein volkswirthschaftliches Princip annehmen, theilen sich wieder in zwei Gruppen: ein Theil sieht in dem Patente nichts als ein Ueberbleibsel des alten gewerblichen Privilegien- und Monopolienwesens, ihm erscheint daher das Patent als der — nach einigen mit Recht, nach anderen mit Unrecht — noch erhaltene Zweig einer untergegangenen Institution früherer Volkswirthschaftspolitik; der andere Theil erklärt das Patentwesen als ein Förderungsmittel der Industrie, eingegeben von moderner Volkswirthschaftspolitik, und dazu bestimmt, den Erfinder zu entschädigen und zu belohnen und hiedurch zu neuen Erfindungen aufzumuntern, zugleich aber auch der Gesellschaft den Besitz der gemachten Erfindungen für die Zukunft zu sichern. Die Vertreter des juristischen Princips gründen das Patentinstitut entweder auf einen Vertrag, vermöge dessen die Gesellschaft dem Erfinder die zeitweilige ausschließende Ausbeutung seiner Erfindung gegen spätere Ueberlassung derselben zur allgemeinen freien Benützung zugesteht — oder auf das Eigenthumsrecht des Erfinders an seiner Erfindung, das wieder entweder als ein immerwährendes (wie in dem System des Monsutopol von Jobard) oder als ein bloß zeitliches erklärt wird. Unter diesen verschiedenen Ansichten hat diejenige, welche die Erfindungspatente als ein modernes volkswirthschaftliches Institut auffaßt, bei der deutschen Theoretikern sowie in den geltenden Patentgesetzen entschieden die Oberhand. Zu ihr bekennen sich in der Hauptsache auch v. Kleinschrod und Horn; jeder von ihnen modificirt sie jedoch in eigenthümlicher Weise. Horn, sich an die Thatsache haltend daß die Patente aus den früheren Gewerbsprivilegien hervorgegangen sind, setzt ihren Grundcharakter in diese Privilegien-Eigenschaft; indem er sie aber in den Boden der modernen Volkswirthschaftspolitik verpflanzt und ihnen die Zwecke, die diese mit ihnen verbindet, anweist, erhalten sie unter seiner Hand eine Gestalt, die wesentlich verschieden ist von jener der alten Gewerbs-

Digitized by Google

privilegien. Er sucht also beide volkswirthschaftliche Auffassungen des Patentinstituts mit einander zu verschmelzen. v. Kleinschrod gibt seine volkswirthschaftliche Begründung des Patentinstituts lediglich vom Standpunkte der heutigen Volkswirthschaftspolitik, und erhebt sich entschieden dagegen, daß die Patente mit andern Privilegien und Monopolien zusammengeworfen werden. So sehr er aber die Annahme des juristischen Princips für das Patentinstitut bestreitet, und ausführt daß ein immerwährendes Eigenthumsrecht an der Erfindung die größten Störungen im Industrie- und Verkehrsleben hervorrufen würde, ein auf Zeit beschränktes aber eine bloße Fiction wäre: so macht er doch eine bedeutende Schwenkung nach der Seite dieses Princips, indem er nebenbei die Patenttertheilung durch Gründe der höchsten Billigkeit geboten erklärt, den Anspruch des Erfinders auf Sicherung seines Lohnes, gleichwie bei einem andern Arbeiter, anerkennt und hinzufügt, daß diese Lohnsicherung für den Erfinder nicht durch den allgemeinen Staatsschutz realisirt werden könne und eines besondern Staatsschutzes in Gestalt der Patente bedürfe. Stolle steht wieder in der Reihe der eifrigsten Vertheidiger eines auf Zeit beschränkten Eigenthumsrechtes an der Erfindung[9]); doch legt er daneben auch Gewicht auf die nationalökonomischen Vortheile der Patente, indem er in ihnen ein pädagogisches Mittel zur Vervollkommnung der Gewerbskunst erblickt; auch betont er die sittliche Seite des Instituts, da Verdienst und Thätigkeit durch das Patent ihren Lohn erhalten, und der Träge und Unfähige gehindert wird sich durch die Leistungen des Fleißigen und Fähigen zu bereichern. Nach allem Anschein dürfte im Patentwesen dem juristischen Princip, insoweit dem Erfinder ein zeitliches Eigenthumsrecht an seiner Erfindung beigelegt wird, die Zukunft gehören. Die bereits thatsächlich gewordene Anerkennung des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums und der ihm durch eine gewisse Zeit gewährte Schutz gegen Nachdruck und Nachbildung, der zum Theil schon sich über die Gränzen des eigenen Staates

9) In einer Anmerkung S. 131 spricht er zwar bloß von einem lebenslänglichen Eigenthum des Erfinders in seinen im Vorworte des Herausgebers mitgetheilten fragmentarischen Notizen zu dem Entwurfe eines Patentgesetzes für Preußen gesteht er jedoch ganz bestimmt das Eigenthumsrecht an der Erfindung auch nach dem Tode des Erfinders den Erben desselben noch auf eine bestimmte Zeit zu.

Digitized by Google

und Volkes hinaus erstreckt, weisen beinahe mit Nothwendigkeit darauf hin. Wenn v. Kleinschrod sagt, daß die Annahme eines auf Zeit beschränkten Eigenthums eine bloße Fiction sey: so läßt sich hierauf erwiedern, daß man nicht von einem auf Zeit beschränkten Eigenthum an der Erfindung auszugehen braucht. Man kann — wie es z. B. neuestens Tilliere[10]) thut — vom Eigenthum überhaupt ausgehen, beschränkt aber dann das dem Erfinder zukommende Eigenthum im allgemeinen Interesse der Gesellschaft und der Industrie auf eine bestimmte Zeit, und stellt es unter gewisse ausnahmsweise Bestimmungen. Bei solchem Ausgangspunkte hört natürlich das Patent auf ein Privilegium oder Monopol zu seyn, als das es erscheint, wenn ein Eigenthum an der Erfindung nicht anerkannt wird; anstatt sich einer ausnahmsweisen Begünstigung zu erfreuen, wird der industrielle Erfinder einer von dem Wohle der Gesellschaft geforderten Beschränkung unterworfen, wie ein gleiches bereits bei dem schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthum stattfindet.

In Betreff der persönlichen Fähigkeit zur Patenterwerbung steht in der Theorie und Praxis nach allgemeiner Annahme der Grundsatz fest, daß jede erwerbfähige Person, daher Einzelne sowohl als Gesellschaften Patente erlangen können. Ebenso ist die von der Theorie geforderte Gleichstellung der Ausländer mit den Inländern bezüglich der Patenterwerbung fast in allen Legislationen anerkannt. Wir finden diese Ansicht auch in den neuesten Beiträgen zur Patentliteratur, die den Gegenstand der gegenwärtigen Besprechung bilden. Bloß Stolle scheint bei Bestimmung der Patentzeit den Inländern einen Vorzug vor den Ausländern zuzugestehen.

Nach allen Patentgesetzen liegt demjenigen der ein Patent zu erlangen wünscht, die sich aus der Natur des Instituts von selbst ergebende und darum auch von der Theorie — so auch in den vorliegenden Schriften — widerspruchslos angenommene Verpflichtung ob, eine Beschreibung seiner Erfindung vorzulegen. Diese Bestimmung dient dazu, einerseits dem Rechte aus dem Patente seinen Inhalt zu geben, und hiedurch eine Grundlage

10) Traité théorique et pratique des brevets d'invention etc. Bruxelles. 1854. pag. 36 — 63.

Digitized by Google

für die Entscheidung später vorfallender Streitigkeiten zu erlangen, andererseits die spätere allgemeine Benützung der Erfindung sicher zu stellen. Gewöhnlich wird die Uebergabe einer vollständigen Beschreibung, begleitet mit den zum Verständniß derselben dienenden Zeichnungen und Modellen, gefordert, und jede spätere Abänderung derselben untersagt. Nur das nordamerikanische Patentgesetz von 1836 und das neue englische von 1852 machen hier eine Ausnahme, indem jenes für eine noch nicht ganz zu Stande gebrachte Erfindung ein Caveat einzulegen gestattet, und dieses schon auf Grund einer bloß summarischen Beschreibung einen provisorischen Schutz auf die Dauer von 6 Monaten gewährt, bis zu deren Ablauf die Beschreibung zu vervollständigen ist. Auch ist in den beiden genannten Gesetzgebungen dem Patentinhaber gestattet, durch spätere Verzichtleistung (disclaimer) auf einen Theil der Erfindung eine mangelhafte Beschreibung zu rectificiren. v. Kleinschrod entscheidet sich für die Bestimmung des englischen Patentgesetzes.

Eine wichtige vielfach erörterte Frage ist: ob der Patentverleihung eine vorläufige behördliche Prüfung der Neuheit und wohl auch der Nützlichkeit der in der eingelegten Beschreibung specialisirten Erfindung (examen préalable) vorausgehen soll. In der Literatur hat die verneinende Beantwortung derselben entschieden den Sieg davongetragen; nicht nur ist die Zahl der für sie Stimmenden größer, auch das Gewicht der von ihnen angerufenen Gründe ist stärker. Und dieser Sieg wird ihr auch bleiben; denn das examen préalable ist ein Ausfluß des Bevormundungssystems, das dem Geiste unseres Zeitalters widerstrebt und auf allen Lebensgebieten, insbesondere aber auf dem wirthschaftlichen, täglich mehr an Haltbarkeit verliert. Ueberall gibt die öffentliche Meinung repressiven Maßnahmen den Vorzug vor präventiven, an ihr haben daher die Gegner des examen préalable einen mächtigen Bundesgenossen, und an der thatsächlich, zum Theile schon eingetretenen Verdrängung des Präventivsystems durch das Repressivsystem — wie im Bereiche der Presse und des Vereinswesens — einen kräftigen Rückhalt. Die vorherige Prüfung ist aber auch in der That eine ganz überflüssige Bevormundungsmaßregel, weil, wenn der Erfindung die Neuheit fehlt, durch das verliehene Patent zu viele Privatinteressen verletzt sind, als daß

Digitized by Google

eine Bestreitung durch Privatpersonen ausbleiben könnte, und weil, wenn sie nicht nützlich ist, die durch die Patentirung zeitweilig eintretende Zurückweisung der Concurrenz für die Gesellschaft keinen Nachtheil bringt. Sie ist zugleich eine Bevormundungsmaßnahme, der die Regierung nicht gewachsen ist, denn wie vermöchte sie die Neuheit und gleich von vorneherein die Nützlichkeit einer Erfindung zu beurtheilen. Es kann kommen, daß sie dieselbe als nicht vorhanden annimmt, wo sie in der That vorhanden ist, dann verletzt sie den Erfinder. Sie kann aber eben so gut einer Erfindung die Eigenschaften der Neuheit und Nützlichkeit zuerkennen, die sie nicht besitzt. Würde sie aber dann ihr Prüfungsresultat aufrecht erhalten können? Die Regierungen gestehen die ihnen mangelnde Fähigkeit zur Prüfung selbst ein, indem in allen Patentgesetzen, die das examen préalable vorschreiben, sich die Bestimmung vorfindet, daß die Regierung dessenungeachtet weder für die Neuheit noch für die Nützlichkeit eine Haftung übernimmt. Wozu aber dann die vorläufige Prüfung, die die Patenterwerbung nur verzögert und erschwert und das gesetzunkundige Publicum nur irre führt? Allerdings hat neuerlich einer der hervorragendsten Vertreter des Rechtsstaates Robert Mohl[11]) das examen préalable, das er früher[12]) unbedingt verworfen hatte, in Bezug auf die Neuheit der Erfindung wieder in Schutz genommen. Allein unter den Gründen, die er für seine Meinungsänderung anführt, scheint nur der von Gewicht, daß die freie Concurrenz ein allgemeines Interesse der Gesellschaft ist, und daß die Bürger fordern können, nicht ohne Grund mit einem Monopol beschwert zu werden. Doch bei näherer Betrachtung liegt auch darin noch keine Rechtfertigung der vorläufigen Prüfung. Das allgemeine Interesse, welches die Gesellschaft an der Erhaltung der freien Concurrenz hat, läßt sich ganz gut vom Staate in der Art wahren, daß bei sich offenbarendem Mangel der Neuheit außer Privatpersonen auch die Regierung zur Bestreitung des Patentes zugelassen wird. Gilt ja doch ein gleiches bei Preßvergehen, die wenn sie irgend ein öffentliches Interesse verletzen, vom Staate auch durch

11) In seiner oben angeführten Abhandlung.

12) In seiner Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. 2te Auflage. 1844. 2. Bd. S. 345.

Digitized by Google

einen öffentlichen Ankläger — einen Staatsanwalt — vor Gericht verfolgt werden. Während sonach die Frage über die Statthaftigkeit des examen préalable in der Wissenschaft im Sinne des Repressivsystems bereits ihre definitive Lösung gefunden hat, ist ein solcher Abschluß in der Gesetzgebung noch nicht erfolgt. Ein nicht geringer Theil der Patentgesetze hält noch an dem Präventivsystem oder an der vorläufigen Prüfung fest. Einige beschränken diese bloß auf die Neuheit, andere dehnen sie auch auf die Nützlichkeit aus; einige machen sie der Regierung zur Pflicht, andere stellen sie dem Ermessen derselben anheim. Insbesondere ist in Deutschland das Präventivsystem zur Zeit noch immer das herrschende. Oesterreich ist der einzige Staat, der schon in dem Patentgesetze von 1820 mit ihm völlig gebrochen und das Repressivsystem eingeführt hat, das auch in den beiden nachfolgenden Patentgesetzen von 1832 und 1852 beibehalten wurde. Neuestens tritt auch in Preußen die Geneigtheit hervor, das bisher so zähe festgehaltene Präventivsystem fallen zu lassen. Durch einen Ministerialerlaß vom 8 Juli 1853, den v. Kleinschrod und Stolle mittheilen, wurden unter Beischluß einer Denkschrift, welche die gegen und für das examen préalable streitenden Gründe vorführt, sämmtliche Regierungen und Handelskammern des Königreiches zur Erstattung von Gutachten über diese Frage aufgefordert. Soviel dem Referenten bekannt ist, kam bisher bloß eines dieser Gutachten in die Oeffentlichkeit, nämlich jenes des Vorstandes der Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft, das in Stolle's Buch abgedruckt ist und sich für den Wegfall des examen préalable erklärt. Wenn es jedoch erlaubt ist, aus den über den Patentgesetzentwurf der polytechnischen Gesellschaft zu Berlin vom 15 August 1850, der das examen préalable aufgab, in diesem Punkte eingegangenen Erklärungen verschiedener Gewerberäthe, dann aus den sehr interessanten in Stolle's Buch enthaltenen Aeußerungen, die Herr Webding, k. preuß. Geheimrath und Mitglied der Patentcommission, vor der Commission des brittischen Oberhauses über die preußische Patentgesetzgebung 1851 machte, einen Schluß zu ziehen, so scheint, insoweit es auf die obenerwähnten Gutachten ankommt, der Uebergang zum Repressivsystem in Preußen für jetzt noch gerechten Zweifeln zu unterliegen. Auf dem Boden, den die Patenttheorie in den meisten

Digitized by Google

ihrer Vertreter in dieser Frage einnimmt, finden wir auch die Verfasser der uns vorliegenden Schriften. Stolle macht aber hiebei — offenbar angeregt durch das jüngste, das englische Patentwesen regelnde Statut von 1852 — den Vorschlag, der Patentertheilung einen sechsmonatlichen Termin zur Vorbringung von Oppositionen gegen das begehrte Patent wegen Mangels an Neuheit vorausgehen zu lassen. In Ermanglung gegründeter Einsprüche soll das Patent ausgefertigt werden, und dann durch die ganze Patentzeit giltig und unanfechtbar bleiben. Auch Horn erklärt sich für ein solches Interim zwischen der Ueberreichung des Patentgesuches und der endgültigen Ertheilung des Patents, indem jeder Betheiligte gegen die Patentirung protestiren und diese eventualiter hintertreiben kann, jedoch soll dieser Termin kein Präclusivtermin seyn, und auch noch späteren Bestreitungen des Patents Raum gelassen bleiben.

Daß mit dem Repressivsystem bei der Patentertheilung eine Prüfung des Gesuches, um sich über die Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten Gewißheit zu verschaffen, nicht unverträglich ist, findet nirgend Beanstandung; wohl hat sich aber darüber noch keine feststehende Ansicht herausgebildet, ob diese formelle Prüfung nicht auch darauf gerichtet seyn dürfe, die Patentirung gesetzlich unerlaubter oder mit öffentlichen Rücksichten in Widerspruch tretender Gegenstände im Verwaltungswege zu hindern. Horn tritt hier auf die Seite des französischen Systems, wornach das Patent, ohne zu untersuchen, ob der Gegenstand erlaubt oder unerlaubt ist, ob etwa öffentliche Rücksichten sich gegen ihn erheben, verliehen wird, und es bloß den Gerichten zukömmt, gegen Patente für unerlaubte Gegenstände einzuschreiten. Er sagt: „Wenn die Privaten sich in die Nichtprüfung fügen, und wegen etwaiger Beeinträchtigung sich mit der Befugniß der hinterherigen Klagführung begnügen müssen, so kann auch der Staat, über dessen Interessen ja ein Heer von Staatsanwälten und andern Beamten wacht, sich hierbei beruhigen.“ v. Kleinschrod erklärt sich nicht grundsätzlich dagegen, daß gewisse Gegenstände aus öffentlichen Rücksichten von der Patentirung ausgenommen werden, fordert aber, daß dießfalls nicht das Ermessen der Behörde entscheide, sondern diese Ausnahmen von vorneherein gesetzlich bestimmt seyen. Stolle's Ansicht in dieser Frage ist nicht mitgetheilt.

Digitized by Google

Die Verleihung des Patentes wird in den meisten bestehenden Patentgesetzen als ein freier Act der Regierung, als eine Gnadensache bezeichnet. Diese Auffassung findet ihren Erklärungsgrund in der geschichtlichen Entstehung des Patentinstituts aus dem alten Privilegienwesen; man war hiernach gewohnt, das Patent wie ein anderes Privilegium zu betrachten, dessen Verleihung vom Belieben des Landesfürsten abhing. Bei solcher Auffassung kann nun demjenigen, der alle dem Patentwerber vom Gesetze auferlegten Bedingungen erfüllt hat, noch immer das Patent verweigert werden. Indessen die Praxis ist fast überall milder, und gewährt bei vorgelegtem Nachweise der gesetzlichen Erfordernisse jederzeit das Patent. Die Theorie ist dieser Praxis beigetreten, sie verlangt aber eine gesetzliche Basis für sie in der Art, daß der Anspruch des Patentwerbers auf das Patent bei Erfüllung der gesetzlichen Bedingnisse förmlich anerkannt und die Patentverleihung als obligatorisch für die Regierung erklärt werde. In dieser Forderung, die auch von Horn und Stolle gestellt wird, drückt sich der dermalige Stand der Ansichten der Theoretiker in dieser Frage aus, die bei Gelegenheit der jüngsten Revision der belgischen Patentgesetzgebung mehrfach ventilirt wurde, indem der in dem älteren Patentgesetz angenommene Grundsatz, daß die Patentverleihung ein Act der Gnade sey, einen der wichtigsten Beschwerdegegenstände bildete. Befremdend ist es daher, in Herrn v. Kleinschrod, der doch die Erfindungspatente sehr scharf und richtig von den Privilegien scheidet und die Patentverleihung ganz richtig als die einfache Constatirung einer Thatsache bezeichnet, noch einen Vertheidiger der Ansicht zu finden, nach der die Patentverleihung ein freier Act der Regierung ist, und dem Patentwerber kein rechtlicher Anspruch auf das Patent zusteht.

In Betreff der Patentzeit einigen sich unter den Theoretikern die meisten Stimmen dahin, daß sich dieselbe nicht über 12 bis 15 Jahre erstrecken soll. Hiemit stehen auch die geltenden Patentgesetze im Einklange, die das Maximum der Patentdauer nicht über 15 Jahre setzen; bloß das neue belgische Patentgesetz vom 24 Mai 1854, das eine zwanzigjährige Patentzeit annimmt, macht eine Ausnahme. Horn und v. Kleinschrod folgen hierin der herrschenden Ansicht, und namentlich erklärt ersterer die neuestens in Belgien adoptirte 20jährige Patentdauer als zu lang,

Digitized by Google

worin wir ihm vollkommen beistimmen. Stolle verlangt dagegen, daß die Patentzeit für den einheimischen Erfinder[13]) mit der Dauer des literarischen Eigenthums in Uebereinstimmung gebracht werde, und also durch die ganze Lebenszeit des Erfinders und noch durch 30 Jahre nach seinem Tode für seine Erben dauern solle. Er übersieht, daß der industrielle Erfinder keiner so langen Schutzfrist bedarf wie der Schriftsteller, und daß diesem auch eine längere gegönnt werden kann, indem das ausschließende Verlagsrecht die Gesellschaft weit geringeren Beschränkungen unterwirft als das Patent auf eine industrielle Erfindung. Horn und v. Kleinschrod stellen für die Bemessung der Patentzeit den sehr beachtenswerthen Grundsatz auf: daß die Patentdauer in einem Staate um so kürzer zu bemessen ist, je höher die wirthschaftliche Entwicklungsstufe ist, auf der jener steht. Zur Begründung dieses Satzes führt Horn an, daß bei einem entwickelten Industrie- und Verkehrsleben die Erfindungen sich leichter und müheloser erzeugen, und daher keine so außerordentliche Belohnung verdienen; daß ferner hier schon die Concurrenz jeden Gewerbtreibenden zu Erfindungen und Verbesserungen drängt, mithin ein so starker Ansporn nicht nöthig erscheint, und daß der Patentzweck durch den raschern Absatz schneller erreicht wird. v. Kleinschrod weist gleichfalls darauf hin, daß auf den höheren industriellen Entwickelungsstufen eine längere Patentzeit für den Erfinder kein Bedürfniß ist, fügt aber noch hinzu, daß in diesem Stadium auch das Interesse der Gesellschaft an dem möglichst baldigen Erlöschen des Patentes größer, eine längere Dauer daher für sie von fühlbarerem Nachtheil ist. Ob dieser an sich richtige Grundsatz nicht einer kleinen Modification bedürfte? Ob er nicht vielleicht so zu fassen wäre, daß bei noch geringer erst beginnender industrieller Entwickelung eine kürzere Patentzeit zu bestimmen, diese bei weiterem Fortschreiten der Industrie zu verlängern und nach Eintritt in das höhere Entwickelungsstadium aber herabzusetzen ist. Eine kürzere Patentzeit scheint uns in dem niederen Entwickelungsstadium darum geboten zu seyn, weil der Erfinder wegen der geringen Concurrenz in Folge des schwachen Unternehmungsgeistes und des Mangels an Intelligenz und Capital auch nach Ausgang der Paten-

13) Warum nur für diesen und nicht auch für den auswärtigen?

Digitized by Google

zeit gewöhnlich noch lange factisch in der alleinigen Benützung seiner Erfindung bleibt, oder sie doch nur mit wenigen theilt, folglich unter solchen für ihn günstigen Verhältnissen eines längeren Patentschutzes eben so wenig bedarf, wie in einem industriell hoch entwickelten Lande. In Ansehung der Dauer der Einführungspatente finden wir fast durchaus die auch von der Theorie gebilligte Bestimmung, daß sie in keinem Falle eine längere Dauer beanspruchen können, als jene die der eingeführten Erfindung durch das auswärtige Patent gewährt ist. Ihr treten auch die Verfasser der hier in Rede stehenden Schriften bei. Unter den verschiedenen Arten, die Patentzeit zu bestimmen, erfreut sich diejenige von Seite der Theoretiker des meisten Beifalls, die dem Patentwerber die Wahl der Patentzeit bis zu dem gesetzlichen Maximum freiläßt und ihm bis dahin auch die spätere Prolongirung des ursprünglich auf kürzere Zeit genommenen Patentes gestattet — ein Modus der durch das neue belgische Patentgesetz in so fern noch weiter vervollkommnet wurde, als nach demselben der Patentwerber sich gar nicht von vorneherein für eine bestimmte Patentzeit zu entscheiden braucht — was für ihn immer mehr oder weniger mißlich ist — sondern es ganz in seiner Macht hat, innerhalb des für die Patentdauer gesetzlich angenommenen Zeitraums von 20 Jahren sein Patent zu verlängern oder abzukürzen, je nachdem er mit der Zahlung der in Jahresraten bemessenen Patenttaxe fortfährt oder innehält. Für diesen belgischen Modus entscheidet sich Horn, rügt jedoch mit Recht an ihm den Uebelstand, daß bei ihm niemand im voraus weiß, wann das Patent erlischt, während bei voraus bestimmter Dauer des Patentes die verwandten Gewerbtreibenden sich rechtzeitig vorbereiten können, um ihrerseits die Erfindung unmittelbar nach Erlöschung des Patentes auszubeuten.

Die Patenttaxe, zu deren Bezahlung die meisten Patentgesetze den Patentinhaber verpflichten, wird von der Theorie entweder völlig verworfen, oder es wird vorgeschlagen sie mäßig und zwar nicht höher zu setzen, als die Bedeckung des Aufwandes für das Patentinstitut erfordert, und sie zu einer jährlichen progreisiven Abgabe umzugestalten. Die deßfallsige Bestimmung des neuen belgischen Gesetzes kann als Ausdruck für die letztere Ansicht gelten. Auch Horn erklärt den belgischen Zahlungsmodus als

Digitized by Google

den zweckmäßigsten, obwohl er die Taxe im Ganzen (2100 Franken für 20 Jahre) zu hoch findet. v. Kleinschrod stellt sich auf die Seite der Gegner der Patenttaxe und fordert deren völlige Beseitigung. Stolle empfiehlt wieder eine sehr hohe Patenttaxe aus dem sonderbaren Grunde, um den Finanzminister mit in das Interesse der Erfinder hineinzuziehen und ihn zum Mitverbündeten der Patentinhaber zu machen!

Auch diejenigen welche die Patenttaxe vertheidigen, entscheiden sich fast ohne Ausnahme für taxfreie Behandlung der bloßen Verbesserungspatente in dem Falle, wenn der Haupterfinder für eine von ihm ausgegangene Verbesserung ein Patent nimmt, und erklären die durch das französische Gesetz angeordnete Ertheilung bloßer certificats d'addition für solche Fälle als zweckmäßig. Auch Stolle ist dieser Ansicht; Horn schweigt hierüber.

Es ist eine nothwendige Consequenz des Verzichtes auf die vorgängige amtliche Prüfung der Neuheit der Erfindung, und im Interesse der Gesellschaft und auch des Erfinders selbst geboten, daß die eingelegte Beschreibung der Erfindung sogleich nach Ueberreichung des Patentgesuches oder doch jedenfalls unmittelbar nach Ausfertigung des Patentes öffentlich kundgemacht, und diese Kundmachung nicht etwa bis Erlöschung des Patents verschoben werde oder wohl gar unterbleibe. Ueber die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Maßregel, die jedoch in der bestehenden Patentgesetzgebung noch sehr wenig Eingang gefunden hat, herrscht in der Theorie nur eine Stimme; und sie wird auch, wie kaum anders zu erwarten, von den mehrgenannten drei neuesten Schriftstellern im Patentfache bevorwortet.

Was die, für den Patentinhaber aus dem Patente fließenden Rechte anlangt, so läßt sich der dermalige Stand der Ansichten — die allerdings in den Gesetzgebungen noch nicht überall zur Anerkennung gelangt sind — in Kürze folgendermaßen formuliren. Durch das Patent erlangt der Inhaber das Recht die Erfindung oder Verbesserung, die den Gegenstand desselben bildet, während der Patentdauer ausschließlich zu seinem Vortheile zu benützen, und jeden Eingriff in dieses ausschließliche Benützungsrecht zurückzuweisen. Als ein solcher Eingriff erscheint nun nicht bloß die Erzeugung des Patentgegenstandes oder die Anwendung desselben

Digitized by Google

(wenn er in einer Maschine oder in einem gewerblichen Verfahren besteht), sondern auch der Handel mit ihm und die Einfuhr desselben aus dem Auslande; die Benützung und der Ankauf des Patentgegenstandes für das eigene persönliche Bedürfniß des Benützenden wird jedoch nach allgemeiner Ansicht nicht als ein Patenteingriff betrachtet, es wird zum Begriff des letzteren erfordert, daß die Benützung gewerbmäßig stattfindet. Der durch den Patenteingriff Verletzte ist berechtigt die vorläufige Beschlagnahme, sodann bei erwiesener Verletzung auch die Confiscation des widerrechtlich nachgemachten oder benützten Erfindungsgegenstandes und der zur Vollführung des Patenteingriffes ausschließlich bestimmten Werkzeuge und Hülfsmittel zu seinem Vortheile und außerdem noch volle Schadloshaltung zu verlangen. Der in mala fide unternommene Patenteingriff unterliegt nebstbei noch einer strafgerichtlichen Verfolgung. Der Patentinhaber kann ferner über sein Patent, so lange es besteht, mit Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten frei disponiren; er kann es veräußern und vererben, oder auch bloß das Recht zur Benützung an andere übertragen. Das Patent hat ganz die Natur eines auf Zeit beschränkten beweglichen Eigenthums. Die Art des Patentes ist ohne Einfluß auf den Umfang der Rechte; ein Einführungs- oder Verbesserungspatent begründet dieselben Rechte wie ein Erfindungspatent. In dieser Weise werden die Patentrechte auch von Horn und v. Kleinschrod bestimmt; Stolle stimmt in der Hauptsache gleichfalls mit der herrschenden Anschauung überein; jedoch räumt er dem Inhaber eines Einführungspatents nicht die Befugniß ein, die Einfuhr des Patentgegenstandes aus dem Auslande zu untersagen; ferner verlangt er daß die Geldstrafen mit denen der Patenteingriff gebüßt wird, und die nach seinem Vorschlage sehr hoch (bis zu 2000 Thaler) gesetzt und im Wiederholungsfalle verdoppelt werden sollen, dem verletzten Patentinhaber zuzufallen haben, falls er es nicht vorzieht seine Entschädigung im Civilproceßwege zu suchen.

Das Patent legt seinem Inhaber gewisse Pflichten auf, deren es vorzüglich zwei gibt: erstlich die Patenttaxe zu bezahlen, und zweitens binnen einer gewissen Frist die patentirte Erfindung oder Verbesserung auszuüben und die bereits begonnene Ausübung nicht zu unterbrechen. Von der erstgenannten Verpflichtung war

Digitized by Google

bereits die Rede. Rücksichtlich der zweiten sind die Meinungen getheilt, die einen verwerfen, die andern billigen sie. Diese Meinungsverschiedenheit rührt von dem Princip her, das einer oder der andere dem Patentwesen zu Grunde legt. Wer von dem Eigenthumsrecht des Erfinders an der Erfindung ausgeht, oder wer in der Patenterwerbung ein Kaufgeschäft erblickt, muß natürlich die Pflicht zur Ausübung der Erfindung als eine Nöthigung zum Gebrauche des entweder schon ursprünglich vorhandenen oder doch später erworbenen Eigenthums beanstanden, während derjenige der das Patentinstitut als eine volkswirthschaftliche Maßregel, als ein Förderungsmittel der Industrie auffaßt, nicht umhin kann eine solche Verpflichtung gerechtfertigt zu finden. Da in den geltenden Patentgesetzen die letztere Auffassung entschieden verherrscht, so kann es nicht befremden, wenn fast alle dem Patentinhaber die Pflicht auferlegen, die patentirte Erfindung auszuüben. Nur die englische Gesetzgebung statuirt sie nicht, und die Patentgesetze von Nordamerika und Rußland verlangen bloß, daß die Erfindung in einer bestimmten Frist nach Ertheilung des Patentes ausgeführt werde, ohne die weitere Ausübung als Pflicht zu erklären.

Das neue belgische Gesetz nimmt eine vermittelnde Stellung und macht die Ausbeutung der Erfindung im Inlande bloß dann zur Pflicht, wenn diese im Auslande bereits ausgeübt wird. Horn, v. Kleinschrod und Stolle bezeichnen die unbedingte Verpflichtung zur fortgesetzten Ausübung der Erfindung als eine zweckmäßige Bestimmung. Ueberdieß soll nach Stolle der Patentinhaber wegen Patenteingriffes nicht eher klagen dürfen, als bis er die Erfindung ausgeführt hat, und die Klage nicht angenommen werden, wenn der Beweis der Ausführung nicht beigebracht ist.

Die Patente erlöschen regelmäßig mit Ablauf der Zeit, für welche sie verliehen wurden. Sie können aber auch schon vorher ihre Gültigkeit verlieren durch Verfalls- und Nichtigkeitserklärung. Der Verfall (Erlöschung im engern Sinn) und die Nichtigkeit eines Patentes werden zwar nicht immer in den geltenden Patentgesetzen, wohl aber in der Theorie genau von einander geschieden. Der Verfall setzt ein giltigerworbenes Patent voraus und gründet sich auf Thatsachen, die der Patenterwerbung nachgefolgt sind, und den weiteren Bestand des Patentes aufheben.

Digitized by Google

Die Nichtigkeit ist dagegen die Folge des Mangels eines wesentlichen gesetzlichen Erfordernisses zur Erlangung des Patentes, so daß das letztere ursprünglich rechtlich nicht existirte. Als Verfalls- oder Erlöschungsgründe sind insgemein in den bestehenden Patentgesetzen angenommen: Nichtzahlung der Taxe und Nichtausübung der Erfindung oder Unterbrechung der Ausübung innerhalb der gesetzlichen Frist. Der Verfall des Patentes wegen Nichtzahlung der Taxe wird neuestens von der Theorie verworfen, weil die Patenttaxe sich als eine Steuer darstellt, und wegen Nichtentrichtung der Steuern kein Eigenthum verfällt; die nichtgezahlte Taxe sollte nach vorangegangener fruchtloser Mahnung im Wege der Execution eingetrieben werden, das Patent aber fortbestehen, wenn der Inhaber nicht selbst darauf verzichtet. Dieß ist auch die Ansicht von Horn und v. Kleinschrod. Ersterer meint man solle, wenn man ja bei der Patenttaxe strenger als bei den andern Steuern verfahren zu müssen glaube, die Regierung bloß ermächtigen den Fortbetrieb der patentirten Unternehmung bis zur erfolgenden Taxzahlung zu untersagen. v. Kleinschrod findet die Verfallserklärung des Patentes wegen Nichtzahlung der Taxe so wenig gerechtfertigt, daß er selbst der Auflage einer Caution für die Taxentrichtung noch den Vorzug gibt. Stolle geht in diesem Punkte über die herrschende Praxis nicht hinaus. Hinsichtlich des zweiten Erlöschungsfalles in Folge der unterlassenen oder unterbrochenen Ausübung der Erfindung wird von der Theorie — auch von Horn und v. Kleinschrod — bloß die Forderung gestellt daß die Erlöschung nicht ipso jure eintreten und dem Patentinhaber zuvor eine Rechtfertigung gestattet werden soll. Offenbar zu hoch schlägt v. Kleinschrod das Bedürfniß des Schutzes für die nationale Arbeit an, wenn er die in keinem andern Patentgesetze sich wiederfindende Bestimmung des französischen Gesetzes, daß der Patentinhaber, der die Erzeugnisse, worauf sein Patent lautet, aus dem Auslande einführt, des Patents verlustig wird, als weiteren Erlöschungsfall zur allgemeinen Nachahmung empfiehlt. Einen anderen nach unserem Dafürhalten aber für den ruhigen Bestand der Patente sehr bedenklichen Erlöschungsfall schlägt Stolle in Gestalt des Expropriationsrechts vor, welches er in dem Falle wenn ein Patent in der Folge für irgend einen Gewerbszweig hinderlich erscheint, den Interessenten gegen Schadloshaltung des

Digitized by Google

Patentinhabers auf Kosten des betreffenden Gewerbes zugestanden wissen will.

Eine größere — ja man kann sagen fast völlige Uebereinstimmung zwischen der Theorie und Praxis besteht in Betreff der Nichtigkeitsfälle. Ein Patent wird nichtig, wenn der Gegenstand nicht neu ist, wenn im Lande von einem Dritten bereits früher ein Patent auf ihn genommen wurde, wenn ihm der industrielle Charakter fehlt, wenn er gegen die bestehenden Gesetze verstößt; endlich wenn die Beschreibung der Erfindung sich als unvollständig oder unrichtig darstellt. Diese Nichtigkeitsgründe werden auch in den vor uns liegenden neuesten Beiträgen zur Literatur des Patentwesens adoptirt. v. Kleinschrod gedenkt der Frage: ob die Nichtigkeit oder der vor der Zeit eintretende Verfall des auswärtigen Patentes die Erlöschung des sich hierauf beziehenden Einführungspatents herbeiführe. Indem er aber diese Frage ohne Einschränkung bejahend beantwortet, hat er, was den Verfall des auswärtigen Patentes anlangt, die wohlbegründete Erklärung, welche der belgische Minister bei Berathung des neuen Patentgesetzes in der Debatte im Senate im entgegengesetzten Sinne gab, gegen sich; hinsichtlich der Nichtigkeit übersieht er aber die von Tillière sehr richtig gemachte Unterscheidung, ob der Nichtigkeitsgrund, der das auswärtige Patent zerstörte, im einheimischen Patentgesetze anerkannt ist oder nicht.[14])

Die Competenz in Fällen der Verfalls- oder Nichtigkeitserklärung eines Patents wird weder in der Literatur noch in den Patentgesetzen gleichförmig bestimmt. Die Fällung des bezüglichen Erkenntnisses und die ihr vorangehende Verhandlung wird bald den Gerichten zugewiesen bald in den Geschäftskreis der Verwaltungsbehörden gezogen. Eine Aussicht zur Verständigung scheint gegeben durch die vermittelnde Ansicht, die zwischen Verfalls- und Nichtigkeitserklärung unterscheidet und für erstere die Verwaltungsbehörden und für letztere die Gerichte competent erklärt. Wir glauben darum nicht zu irren, wenn wir diese vermittelnde Ansicht, die in dem neuen belgischen Gesetze Eingang gefunden hat, als den richtigsten Ausdruck der herrschenden Anschauung über die Competenzfrage bezeichnen. Zu ihr bekennt sich auch v. Klein-

14) A. a. O. S. 375 — 78.

Digitized by Google

schrod, während Horn fest daran hält, daß sowohl die Nichtigkeit als auch der Verfall eines Patentes von den Gerichten ausgesprochen werde. Darin stimmen aber beide überein, daß der Antrag auf Nichtigkeit oder Verfall eines Patentes sowohl vom Staate als von Privaten, und im letzteren Falle nicht nur von den betheiligten Producenten sondern von jedermann, also auch von den bloßen Consumenten gestellt werden kann[15]). Von Stolle liegt über diesen Punkt eine bestimmte Erklärung nicht vor.

Dagegen vereinigen sich Horn, v. Kleinschrod und Stolle in der Forderung daß die Streitigkeiten, die in Folge von Patenteingriffen oder über das Eigenthum des Patentes entstehen, der Cognition der Civilgerichte unterliegen sollen. Es ist dieß auch die weitaus herrschende Ansicht nach dem gegenwärtigen Stand der Patenttheorie, obwohl ein nicht geringer Theil der bestehenden Patentgesetze die Entscheidung dieser Streitigkeiten mit alleiniger Ausnahme der Entschädigungsansprüche den Verwaltungsbehörden überträgt. Namentlich gilt dieß von den deutschen Patentgesetzen, und selbst in Oesterreich, wo nach der früheren Gesetzgebung die Gerichte größere Befugnisse hatten, wurde durch das neue österreichische Privilegiengesetz von 1852 der Geschäftskreis der Verwaltungsbehörden zum Abbruche des richterlichen bis nahe an den bemerkten Punkt erweitert. Von der weiteren Forderung der Theorie, daß in Patentstreitigkeiten sowie auch in Erlöschungs- und Nichtigkeitsfällen über die Thatfrage eine sachverständige Jury entscheiden soll, nimmt nur Stolle Notiz.

Ueber das Verfahren in Patentstreitigkeiten, das v. Kleinschrod ganz übergeht, spricht sich bloß Horn aus; er entscheidet sich im Einklange mit dem neuen belgischen Gesetze dafür, daß dieselben als Dringlichkeitssachen zu betrachten und daher summarisch zu verhandeln seyen.

Aus dieser Darstellung dürfte hervorgehen, daß diese neuesten Beiträge zur Patentliteratur, wenn der wissenschaftliche Gewinn, den sie bieten, auch nicht gerade groß genannt werden kann, nicht

---

15) Dieß ist auch die Ansicht von Renouard (Traité des brevets d'invention. Paris 1844). Abweichend hievon gesteht Tillière (a. a. O. p. 486) dem bloßen Consumenten das Klagerecht nicht zu, weil derselbe in Folge des Patentes keiner rechtlichen Verfolgung ausgesetzt ist.

Digitized by Google

ohne Werth sind. Enthalten sie auch weniger Neues, so geben sie doch eine gewiß vielen willkommene gedrängte Uebersicht des Gegebenen. Ob aber auch eine ganz verläßliche? Leider können wir darauf nicht mit Ja antworten. Sämmtlichen drei Arbeiten ist eine gewisse Flüchtigkeit eigen. Von diesem Fehler ist auch das Buch von Stolle nicht frei, das doch als ein Nachschlagebuch für diejenigen, die sich über den Inhalt der verschiedenen in Geltung stehenden Patentgesetze in einem oder dem anderen Punkte schnell belehren wollen, mit besonderer Genauigkeit hätte abgefaßt werden sollen. Der gesetzliche Sinn ist in den angefertigten Auszügen nicht überall treu wiedergegeben; auch läuft manches geradezu unrichtige unter. Es sey hier beispielsweise nur auf das aufmerksam gemacht, was in Bezug auf die Frage II.: „Ist das Patent Gnadensache" als nach den verschiedenen Patentgesetzen geltend angeführt, und was bei der Frage XX. über die Dauer der Verbesserungspatente in Rußland ausgesagt wird. Auch kommt vor, daß etwas als bestehend erklärt wird, was bereits abgeändert ist; so ist, was die bayerische Patentgesetzgebung anlangt, der Vollzugsinstruction vom 17 December 1853 zu dem Gewerbsgesetz vom Jahr 1825 und der durch sie bewirkten Veränderungen der Verordnung vom 10 Februar 1842 nicht gedacht. Die am mindesten flüchtige Arbeit ist die Abhandlung von Horn, obwohl sie sich nur als einen Journalartikel ankündigt. Doch finden sich auch in ihr ungegründete Behauptungen und unrichtige Angaben. Wenn Horn sagt, daß die Theorie des Eigenthumsrechtes der Erfinder von der französischen Constituante erfunden worden sey, um nicht gestehen zu müssen, daß man bei Aufhebung der Monopolien und Privilegien doch jenes der Erfinder stehen lassen müsse, so ist dieß eine durch keine beglaubigte Thatsache unterstützte Conjectur, die bloß in seinem Kopfe entsprungen ist, und die er eben nur macht weil sie zu seiner Ansicht paßt. Die Unrichtigkeiten in den Angaben, die er sich zu Schulden kommen läßt, beziehen sich sonderbarer Weise vornehmlich auf das neue belgische Gesetz, das ihm doch zunächst vorlag und von dem er bei seiner Arbeit ausgegangen ist. Als unrichtige Angaben sind uns aufgefallen: daß in Belgien durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung theoretische Principien, Methoden, Systeme, Conceptionen u. s. w. von der Patentirung ausgeschlossen seyen; daß im belgischen Gesetze die

Digitized by Google

Bestimmung vorkomme, ein Princip sey nur dann als unpatentirbar zu betrachten, wenn im Patentgesuche dessen industrielle Anordnung nicht angezeigt worden; daß das belgische Gesetz es dem Haupterfinder freistelle, für eine Verbesserung seiner Erfindung entweder ein selbständiges Patent gegen Entrichtung der vollen Taxe zu nehmen oder dieselbe als Zusatz zu seinem ersten Patente gegen eine unbedeutende Gebühr hinzufügen zu lassen, und daß diese Wechselwahl der Haupterfinder nach den meisten Patentgesetzen habe; daß ferner nach dem neuen belgischen Patentgesetze der Patentirte bloß dann, wenn er im Auslande seine Erfindung bereits ausbeutet, zu deren Ausübung im Inlande verpflichtet sey; endlich daß Preußen und Sicilien die einzigen Staaten seyen, in denen keine Patenttaxe gefordert werde. In Bezug auf den letzten Punkt macht sich v. Kleinschrod sogar eines doppelten Irrthums schuldig, indem er nicht nur gleich Horn übersieht, daß es nicht zwei sondern sechs Staaten sind, deren Gesetze keine Patenttaxe auferlegen, nämlich: Preußen, Sicilien, Sardinien, Schweden, Hannover und Paraguay, sondern auch unrichtiger Weise außer Preußen den Kirchenstaat dahin rechnet, dessen Patentgesetz vom 3 September 1833 in Art. 18 für Erfindungspatente eine jährliche Taxe von 10 Scudi und für Einführungspatente von 15 Scudi und nicht — wie Herr v. Kleinschrod angibt — eine ein für allemal zu zahlende Kanzleigebühr in gleichen Beiträgen vorschreibt. Eine andere weniger entschuldbare Flüchtigkeit begeht v. Kleinschrod, wenn er Seite 135 behauptet, daß die in dem früheren österreichischen Patentgesetze von 1832 vorkommende Bestimmung, daß Einführungspatente auf Erfindungen des Auslandes nur dann ertheilt werden können, wenn dieselben im Auslande patentirt sind, durch das neue Patentgesetz von 1852 den wichtigen Zusatz erhalten habe, daß ein solches Einführungspatent nur dem Inhaber des ausländischen Patents oder dessen Rechtsnehmer zu Theil werden könne. Dieser Zusatz, den v. Kleinschrod für ganz neu hält, stand schon in dem älteren Gesetze von 1832 und ist wortdeutlich zu lesen in §. 2 Absatz 2 Die Krone aller Flüchtigkeiten im v. Kleinschrod'schen Buche findet sich aber auf Seite 28 — 30, wo er, eine angerufene Stelle von Tillière in dessen Traité théorique et pratique des brevets d'invention de perfectionnement et d'im-

Digitized by Google

portation. Bruxelles 1854 p. 17 et s. völlig mißverstehend, das französische Gesetz von 1844 zu einem belgischen macht, welches letztere rücksichtlich der Stellung des Haupterfinders zu dritten Verbesserern seiner Erfindung durch das nachgefolgte Gesetz von 1854 eine Aenderung erfahren habe!!

Zum Schlusse noch ein paar Worte über die Andeutungen über die Patentgesetzgebung in den Staaten des Zollvereins, welche Herr v. Kleinschrod seinem Buche — das, beiläufig bemerkt, auch die Patentgesetze von England, Frankreich, Oesterreich und Preußen in ihrem Wortlaute nebst geschichtlichen Erläuterungen und der Patentstatistik dieser Staaten mittheilt — als Anhang beigegeben hat. Mit Recht beklagt der Verfasser den Mangel einer gemeinsamen Patentgesetzgebung im deutschen Zollverein als eine Quelle von Verkehrshindernissen, deren völlige Beseitigung innerhalb des Vereinsgebietes doch die Aufgabe des Zollvereins ist; eben so kann man ihm nur beistimmen, wenn er bemerkt daß die Uebereinkunft der Zollvereinsstaaten wegen Ertheilung von Erfindungspatenten vom 21 September 1842 weit entfernt ist, diesem Mangel auch nur in geringem Theile abzuhelfen. Herr v. Kleinschrod verzweifelt an dem Zustandekommen eines gemeinsamen zollvereinsländischen Patentgesetzes, und beschränkt sich darauf, vorzuschlagen, daß in jedem Vereinsstaate, in dem noch kein Patentgesetz besteht, ein solches erlassen werde, und daß die Regierungen der einzelnen Vereinsstaaten sich zur Herstellung einer Gleichförmigkeit in ihren Patentgesetzen über gewisse gemeinschaftliche Grundprincipien verständigen mögen. Als Punkte der Vereinigung bezeichnet er: die Beseitigung der materiellen Vorprüfung des zu patentirenden Gegenstandes von Seite der Regierung, die Gleichstellung der Ausländer mit den Inländern bei der Patentverleihung, die beschränkte Ertheilung der Einführungspatente in der Weise, wie sie von der österreichischen und französischen Patentgesetzgebung angeordnet ist, die Patentdauer, die Patenttaxe und die alsbaldige vollständige Veröffentlichung der verliehenen Patente und der eingelegten Beschreibungen der Erfindungen. Als selbstverständlich setzt er voraus, daß die zu patentirende Erfindung oder Verbesserung wahrhaft neu und eigenthümlich seyn müsse, daß im entgegengesetzten Falle das bereits ertheilte Patent wieder nichtig werde, und daß die Rechte der Patentinhaber dem Begriffe

Digitized by Google

und Zwecke der Patente entsprechend, folglich übereinstimmend festgestellt werden. Wir müssen gestehen, daß nach unserem Erachten diese Vorschläge einerseits zu viel, anderseits zu wenig enthalten. Sie enthalten zu viel, weil sie sämmtliche wesentliche Stücke eines Patentgesetzes in sich begreifen, eine Vereinbarung rücksichtlich ihrer mithin im Grunde fast gleich wäre einer Vereinbarung über ein gemeinsames Patentgesetz, die der Hr. Verfasser selbst für kaum ausführbar hält. Sie enthalten zu wenig, denn wenn jeder Vereinsstaat seine eigene Patentgesetzgebung hat, ist der Erfinder, um im ganzen Zollverein den Patentschutz zu genießen, genöthigt 20 Patente und darüber zu nehmen. Das ist aber gerade derjenige Uebelstand, der gegenwärtig am schwersten empfunden wird und den die Vorschläge des Verfassers ruhig fortbestehen lassen. Ja es hat nach letzterem der Erfinder selbst nicht einmal die Hoffnung mit schweren Kosten und großem Mühe- und Zeitaufwand die allseitige Patentirung bei allen Vereinsregierungen zu erwirken, weil nach dem Verfasser die Patentirung einer industriellen Erfindung in einem Vereinsstaate noch keinen rechtlichen Anspruch auf die gleiche Patentverleihung auch in anderen Vereinsstaaten zu begründen vermag. Was wäre also mit der vorgeschlagenen Vereinbarung, wenn sie ja zu Stande käme, gewonnen? Nach unserer Meinung würde es vorläufig genügen, wenn die Regierungen der Zollvereinsstaaten sich über die Abschaffung des examen préalable einigen möchten. Wäre dieß erreicht, dann würde das Patent nichts anderes seyn, als die einfache Constatirung der Thatsache, daß die zur Erlangung eines Patentes gesetzlich vorgeschriebenen Bedingnisse von dem Bewerber erfüllt sind. Durch diese veränderte Auffassung des Patentes wäre aber für jeden der die Erfüllung dieser Bedingnisse ausweist, der rechtliche Anspruch auf das Patent anerkannt, und es könnte dann die Patentertheilung nicht weiter als eine Gnadensache, als ein Vorrecht des Landesfürsten betrachtet werden. Damit wäre der Weg geebnet zu einer Uebereinkunft sämmtlicher Zollvereinsstaaten, dahin lautend: daß das in einem Vereinsstaate erlangte Patent sofort im ganzen Vereinsgebiete Geltung hat. Die Schließung einer solchen Uebereinkunft dürfte dann keinen Schwierigkeiten unterliegen, weil die Regierungen der Vereinsstaaten nun nicht mehr fürchten müßten, sich durch jenes Zugeständniß eines Souveränitätsrechtes zu entäußern. Hiedurch

Digitized by Google

wäre der Hauptmißstand der dermaligen Zersplitterung hinweggeräumt. Die weitere Folge wäre, daß man nun bald dahin gelangen würde, die Ertheilung der Patente einem gemeinsamen Organ zu übertragen. Dann könnte aber ein gemeinsames Patentgesetz nicht ausbleiben, es würde in kurzem als reife Frucht vom Baume fallen. Auf diesem Wege wäre also, von kleinen Anfängen ausgehend, die Erfüllung eines nationalen Wunsches und die Verwirklichung einer wichtigen Zusage der Zollvereinsverträge in keine gar zu weite Ferne gerückt. Ueberhaupt halten wir trotz so manchen unliebsamen Erfahrungen in Einheitssachen eine Einigung der Zollvereinsstaaten über ein gemeinsames Patentgesetz um so weniger unausführbar, als wir uns selbst der schon vor einem Jahrzehent von Renouard [16]) und Dujeux [17]) ausgesprochenen Hoffnung hingeben, daß die Zeit kommen werde, wo sämmtliche civilisirte Staaten auf Grund geschlossener Verträge das Patentwesen nach gemeinsamen Bestimmungen regeln. Der dem schriftstellerischen Eigenthum in einem gewissen Umfange durch Staatsverträge bereits zu Theil gewordene internationale Schutz bestärkt uns in dieser Hoffnung. Das Patentinstitut ist ganz darnach geartet, ein internationales Institut zu werden.

Seine Einfachheit und leichte Durchführbarkeit, sein politisch indifferenter Charakter — es verträgt sich mit jeder Verfassungsform, und es ist nicht einzusehen, warum Rußland nicht dasselbe Patentgesetz haben könnte, wie England, Belgien und Nordamerika — ferner der Umstand daß es eine neue Erscheinung, ein Product unserer modernen Culturzustände ist, und daher einer Gesetzesänderung nicht festgewurzelte, zu einer Macht gewordene Interessen hemmend entgegentreten, endlich die schon bestehende nicht geringe Gleichförmigkeit der Patentgesetze machen bei ihm eine Vereinbarung leichter als vielleicht bei jedem anderen Gegenstande.

Dr. Fr. Makowiczka.

---

16) Traité des brevets d'invention. Paris 1844.

17) Recueil des lois sur les brevets d'invention. Bruxelles 1846.

Digitized by Google

VII.

Die Literatur und Gesetzgebung auf dem Gebiete des neueren deutschen Strafproceßrechts.

Die Leistungen der neueren deutschen Gesetzgebung und Literatur auf dem Gebiete des Strafproceßrechtes sind von der Krit. Ueberschau bisher noch nicht besprochen worden. Die tief ins Leben eingreifenden Veränderungen in diesem Zweige des deutschen Rechtszustandes gebieten aber dringend die sorgfältigste Beachtung. Dem Wunsche der Redaction gemäß soll hierin mit den folgenden Erörterungen der Anfang gemacht werden. Für den Leser sey aber die Bemerkung vorausgeschickt, daß mit diesen Erörterungen nur die Besprechung einzelner Fragen beabsichtigt wird, wenn auch der Blick auf das Ganze gerichtet, und eine dem Ganzen entsprechende Ordnung eingehalten werden soll; — sie wollen eben nur ein Anfang seyn. Andererseits scheint es aber ebendeßhalb angezeigt, denselben einen kurzen Ueberblick über die bedeutenderen legislativen und literarischen Erscheinungen auf diesem Gebiete vorangehen zu lassen. —

Was vorerst die Gesetzgebung betrifft, so gibt es verhältnißmäßig nur wenige deutsche Staaten, in denen nicht bereits große Veränderungen im Strafverfahren vor sich gegangen sind. Dahin gehören namentlich Mecklenburg und zur Zeit auch die 4 freien Städte. Es erschien zwar unter dem 24 Sept. 1853 eine mecklenburgische St. P. O. mit einer Art von Staatsanwaltschaft und einer mündlichen Schlußverhandlung; allein im Wesentlichen ist darin doch nur das alte geheime schriftliche Verfahren

Digitized by Google

beibehalten. Daher liegt die mecklenburgische St. P. O. außer dem Kreise unserer Betrachtungen. In den 4 freien Städten herrscht zwar noch das alte Verfahren, allein man arbeitet in denselben, namentlich in Frankfurt, das schier ein halb Duzend Entwürfe seit 1848 aufzuweisen hat, doch schon seit längerer Zeit an der Einführung des Schwurgerichtsprocesses, und hoffentlich wird man nun doch bald einmal zu einem glücklichen Resultate gelangen. Ueber Hamburg insbesondere s. jetzt Hudtwalcker „das hamburgische Strafverfahren und seine Reform." . . . Hamburg 1856 (Gegner der Jury). —

Eine zweite in jeder Beziehung bedeutendere Gruppe bilden diejenigen Staaten und Gesetzgebungen, welche für alle (auch die schwereren) Criminalfälle ein öffentlich-mündliches, der französischen Correctionalprocedur ähnliches Verfahren mit Staatsanwaltschaft durch besondere neuere Strafproceßordnungen eingeführt haben. In diese Gruppe gehören namentlich Oesterreich, das Königreich Sachsen und das Herzogthum Sachsen-Altenburg, an welche sich die zum deutschen Bunde gehörigen Gebiete des Königreichs der Niederlande anschließen, indem hier das holländische ebenfalls öffentlich-mündliche Strafverfahren ohne Jury gilt.

Was die zum deutschen Bunde gehörigen Länder der österreichischen Monarchie betrifft, so gab es zwar in denselben kurze Zeit Schwurgerichte vermöge der provisorischen St. P. O. v. 17 Januar 1850; an deren Stelle ist aber die für die ganze Monarchie publicirte, das Geschwornengericht nicht kennende St. P. O. v. 29 Juli 1853 getreten. Im K. Sachsen und in Sachsen-Altenburg hatte das Geschwornen-Institut ebenfalls nur eine sehr kurze Lebensfrist und zwar nur für politische und Preßdelicte. Die altenburgische St. P. O. vom 27 Febr. 1854 und die k. sächsische v. 11 Aug. 1855 kennen das Institut nicht. E. Brauer in den „deutschen Schwurgerichtsgesetzen (in ihren Hauptbestimmungen übersichtlich zusammengestellt mit kurzem Hinweis auf fremdes, insbesondere auf französisches und englisches, auch schottisches und nordamerikanisches Recht." Erlangen 1856) macht dazu S. 2 Note 3. die Bemerkung: „Einige Beachtung verdient wohl der Umstand, daß die Staaten, welche zu den beiden bezeichneten Gruppen gehören, fast insgesammt solche sind, welche entweder mit einem größeren nicht deutschen Lande in staat-

Digitized by Google

licher Verbindung stehen oder doch von wendischen (slavischen) Stämmen bevölkert waren und noch Ueberreste hievon in sich fassen.“

Die dritte Gruppe bildet endlich das übrige Deutschland; sie ist daher jedenfalls areal[isch] die bedeutendste, und es dürfte wohl ohne zu großes Wagniß vorherzusagen seyn, daß einstens über kurz oder lang alle drei Gruppen in dieser aufgehen werden, — quod immortalibus placeat! —

Staatsanwaltschaft, Oeffentlichkeit, Mündlichkeit, Geschworene, Freiheit der richterlichen Ueberzeugung bei der Entscheidung der Beweisfrage, Cassationshof sind die hauptsächlichsten gemeinsamen Einrichtungen der hieher gehörigen Strafproceßgesetzgebungen, und man ist in der Durchführung dieser Principien größtentheils dem französischen Rechte gefolgt. In Preußen beruht das neuere Strafproceßrecht auf der Verordnung v. 3. Januar 1849 und auf dem Gesetze vom 3 Mai 1852, denen sich die politischen und Preßdelicte betreffenden Gesetze v. 25 April 1853 und v. 6 März 1854 anschließen. In der Rheinprovinz gilt noch der Code d'instr. criminelle. In Bayern wurde das neue Recht durch das noch geltende Ges. v. 10 Nov. 1848 eingeführt. Ein im J. 1851 erschienener für das ganze Königreich (in der Rheinpfalz gilt noch der Code d'instr. cr.) bestimmter Entwurf (mit Motiven), durch welchen das Ges. v. 10 Nov. 1848 in wichtigen Punkten geändert werden sollte, blieb unvollendet. (Er geht bis zu dem Cap. von den Rechtsmitteln exclus.) —

In Württemberg bildet das Ges. v. 14 Aug. 1849 die Hauptquelle für das schwurgerichtliche Verfahren. Hannover besitzt in seiner St. P. O. v. 8. Nov. 1850 (in Verbindung mit dem Ges. über die Bildung der Schwurgerichte v. 24 Dec. 1849) einen vollständigen Proceßcodex. Bezüglich Badens, der beiden Hessen, Nassau's, Oldenburgs und der thüringischen Staaten sey auf die angeführte Brauer'sche Zusammenstellung verwiesen. Dagegen kann hier nicht unterlassen werden, die braunschweigische St. P. O. v. 22 Aug. 1849 besonders hervorzuheben, weil sie sich, wie wir sehen werden, durch mehrere sehr bemerkenswerthe Eigenthümlichkeiten von den übrigen Gesetzgebungen unterscheidet. Diesen deutschen Gesetzgebungen reiht sich die auf denselben Principien beruhende, in mehrfacher Hinsicht bemerkenswerthe Zürcher St. P. O. von 1853 an.

Digitized by Google

Was die Literatur betrifft, so beginne ich hier mit Mittermaier's „deutschem Strafverfahren (in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Landesgesetzbücher und in Vergleichung mit dem englischen und französischen Strafverfahren") 2 Thle. 4. Auflage. Heidelberg 1845, indem dieses Werk in der deutschen Strafproceßliteratur gewissermaßen eine Brücke von dem früheren gemeinrechtlichen zu dem englisch-französischen Strafverfahren bildet. Es enthält sowohl die Theorie des ersteren, wie (wenigstens in den Grundzügen) die des letzteren, und hat somit auch jetzt noch nicht bloß historischen, sondern auch praktischen Werth. Ebenso muß hier dessen bekannte Schrift „die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht" ꝛc. erwähnt werden, obwohl auch sie schon vor 1848 (1845) erschienen ist, weil sie unstreitig einigen Antheil an der Strafproceßreform des Jahres 1848 hat, — wie denn überhaupt dieser Reform eine verhältnißmäßig sehr reichhaltige und zu den Reformen anregende Literatur vorherging. Wenn wir hier das Bedeutendere von dieser Literatur folgen lassen, so geschieht dieß mit der Nebenabsicht, die noch immer hörbare Behauptung zu illustriren, daß es an den nöthigen Vorstudien für jene Reform gefehlt habe, und daß diese eine nicht lebensfähige Frühgeburt sey. Feuerbach „Betrachtungen über das Geschwornengericht" Landshut 1813. Derselbe „Betrachtungen über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtspflege." Gießen 1821 und 1825.

Schramm „freimüthige Bemerkungen über das öffentliche mündliche Verfahren". Elberfeld 1817. Das vielbesprochene Gutachten der preuß. Immediatjustizcommission v. 1818 und dazu Grävell's Prüfung dieses Gutachtens. 2 Bde. Leipzig 1819.

Klein's Gedanken von der öffentlichen Verhandlung der Rechtshändel aufs Neue zum Druck befördert und mit Anmerkungen begleitet von Böhmer. Göttingen 1825.

Zentner „das Geschwornengericht mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit im Gerichtsverfahren in besonderer Rücksicht auf den Strafproceß". Freiburg 1830 (2. Ausg. Heidelberg 1848).

J. v. Rudhart „Ueber den Entwurf eines Gesetzbuches über das Verfahren in Strafsachen" (d. i. der bayer. Entw. v. 1831), aus dessen Nachlasse herausg. v. G. Hohe 1848. —

A. Möhl „Ueber das Geschwornengericht." Heidelberg 1838.

Digitized by Google

v. Jagemann, „die Oeffentlichkeit des Strafverfahrens" Heidelberg 1835 *).

Leue „der mündliche öffentliche Anklageproceß und der geheime schriftliche Untersuchungsproceß". Aachen 1840.

Abegg „Beiträge zur Strafproceßgesetzgebung". Neustadt 1841.

Hepp „Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens". Tübingen 1842.

Leman „Ueber Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens". Berlin 1842.

Fölix „Ueber Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens." Karlsruhe 1843.

Höpfner „Ueber den Anklageproceß und das Geschwornengericht". Hamburg 1844.

Brinkmann „Ueber Schwurgerichte in Strafsachen." Kiel 1843.

Esmarch „Ueber Reform des Gerichtsverfahrens in Schleswig." 1844.

Puchta „der Inquisitionsproceß mit Rücksicht auf eine zeitgemäße Reform". Erlangen 1844.

Rintel „Von der Jury." Münster 1844.

Krug „Wie läßt sich Mündlichkeit des Criminalprocesses mit Urkundlichkeit, Entscheidungsgründen und zweiter Instanz über die Thatfrage vereinigen." Leipzig 1847.

Welcker im 9. Bd. des Staatslexikons; Schwarze im 10. Band von Weiske's Rechtslexikon.

Braun „Hauptstücke des öffentlich-mündlichen Verfahrens." Leipzig 1845.

Zachariä „die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens." Göttingen 1846.

Leue „das deutsche Schöffengericht." Leipzig 1847. Verhandlungen der Germanisten zu Lübeck im September 1847. Lübeck 1848. Die strafrechtlichen Fragen der Gegenwart von einem süddeutschen Juristen. Heidelb. 1847.

---

*) Das Verzeichniß der Schriften über „öffentliches und mündliches Verfahren und Geschwornengerichte" bis zum Jahre 1838 füllt in Kappler's Handbuch der Literatur des Criminalrechts nicht weniger als 36 Seiten (in groß 8.).

Digitized by Google

Schletter „die rheinische Gerichtsverfassung und das rhein. Strafverfahren." Altenb. 1847.

v. Steman „die Jury in Strafsachen." Hamb. 1847. Dazu kommen ferner die bekannten Schriften von Bisner und die in mehrfacher Beziehung verdienstlichen und bemerkenswerthen Aufsätze und Abhandlungen von Köstlin in der deutschen Vierteljahrsschrift, in den constitutionellen Jahrbüchern und in den Jahrbüchern der Gegenwart v. 1845 — 1847. Sodann gehören hieher auch noch die vorzugsweise historischen Schriften von Grimm, Maurer, Buchner, Freiberg, Wigand, Albrecht, Jolly, Unger, Planck, Rogge, Michelsen, Dahlmann, Reynolds, Biener, Wächter, Phillips, Hildebrand und Gundermann. Endlich wären hier noch die vielen zum Theil gediegenen Abhandlungen und Aufsätze anzuführen, welche in den verschiedenen juristischen Zeitschriften enthalten sind, namentlich im Archiv des Criminalrechts, in der Zeitschrift für ausländische Rechtswissenschaft, in Hitzig's Annalen und in der Zeitschrift für Strafverfahren von Jagemann und Nöllner. Nimmt man dazu die langjährigen legislativen Reformarbeiten in mehreren deutschen Staaten, namentlich in Bayern (Entwurf v. 1831), in Württemberg (St. P. O. v. 22 Juni 1843), in Baden (St. P. O. v. 6 März 1845) und in Preußen (Ges. v. 17 Juli 1846 und Ges. v. 7 April 1847), — so möchte man eher ausrufen: post tot exantlatos labores, und wird an das alte deutsche Sprüchwort gemahnt: Gut Ding braucht lang Weil. —

Seitdem nun die Bewegungen des Jahres 1848 zu den gesetzlichen Umgestaltungen des Strafverfahrens gefahrt haben, mußte natürlich auch die Literatur einen theilweise anderen Charakter annehmen. Wenn nämlich auch immer noch die Erörterung über die Principien der neuen Einrichtungen fortdauert, ja sogar vermöge der nun praktisch wichtigen Meinungsverschiedenheiten an Lebhaftigkeit und Gründlichkeit zunimmt, so ruft doch jetzt das praktische Bedürfniß daneben Schriften von ganz anderem Charakter hervor. Es handelt sich jetzt hauptsächlich um Bearbeitung des Details und zwar nach zwei verschiedenen Richtungen hin. Einmal treibt das nächste unmittelbar praktische Bedürfniß zur commentirenden Bearbeitung des neuen Rechtsstoffes. Sodann aber liegt

Digitized by Google

es in der Natur der deutschen Wissenschaft, daß sie sich nicht damit begnügt, in Ruhe zu genießen was der Tag bringt, sondern unermüdlich vorwärts strebt. Sie prüft die neuen Einrichtungen bis ins Einzelnste und von allen Seiten; sie findet da und dort etwas Mangelhaftes, sucht es zu verbessern und ruhet nicht eher, als bis sie an den Gränzen des Möglichen angekommen. Endlich versteht es sich bei der nahen Verwandtschaft des neuen deutschen mit dem englischen und französischen Strafproceßrechte von selbst, daß es in unserer neueren deutschen Literatur neben den commentirenden und kritisch-reformatorischen Werken auch nicht an theilweisen oder das Ganze umfassenden Bearbeitungen dieser beiden Rechte fehlen kann.

Auch hier wie oben sollen nur einzelne Schriften hervorgehoben werden. Zu den die Reform im Ganzen oder doch in ihren Grundlagen behandelnden Schriften gehören:

J. C. Hagens „Ueber die Einführung der Geschworenen für Civil- und Criminalsachen in Deutschland." Paderborn 1848.

Lippert „theoret. prakt. Anweisung zur Einführung des öffentl. mündl. Strafverfahrens." ꝛc. Mainz 1848.

R. Köstlin „der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrh. kritisch und geschichtlich beleuchtet, nebst ausführlicher Darstellung der Entstehung des Geschwornengerichts." Tüb. 1849; — ebenso dessen „Geschwornengericht für Nichtjuristen." Tüb. 1849. v. Daniels „Ursprung und Werth der Geschwornenanstalt." 1848.

Dernburg „Ueber den Werth und die Bedeutung der Schwurgerichte." Frankfurt a. M. 1848.

Temme „Grundzüge eines deutschen Strafverfahrens." Arnsberg 1850.

Geib „Reform des deutschen Rechtslebens." Leipzig 1848.

Götze „Ueber die preußischen Schwurgerichte und deren Reform" mit Zusätzen herausg. v. Keller. Berlin 1851.

A. Buchner „die französischen Revolutionstribunale und das Geschwornengericht." Erlangen 1854.

Hieher gehören sodann auch einzelne Abschnitte aus Biener's „das englische Geschwornengericht". 3 Bde. Leipzig 1852—1855;

Digitized by Google

aus Röllner's*) „die deutschen Juristen und die deutsche volksthümliche Gesetzgebung seit 1848" ꝛc.; aus Trummer's „Verhältniß der heutigen Strafgesetzgebung zum Christenthum." Frankf. 1856 und aus Hudtwalcker's „das hamburgische Strafverfahren und seine Reform ꝛc. Hamb. 1856.

Diesen Schriften schließen sich zunächst einige monographische Bearbeitungen einzelner Theile oder Fragen des neuen Rechtes an, welche mehr oder weniger einen kritisch-reformatorischen Charakter haben oder doch von mehr als bloß particularrechtlichem Interesse sind: Gneist „die Bildung der Geschwornengerichte in Deutschland." Berlin 1849.

Gundermann „Ueber die Einstimmigkeit der Geschwornen." München 1849.

L. Frey „Frankreichs Civil- und Criminalverfassung mit Beziehungen auf England nebst einer Darstellung der in Deutschland erschienenen vollständig in sich abgeschlossenen Gerichtsverfassungen." 2. Aufl. Erlangen 1849.

Derselbe — „die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich." Erl. 1849.

Friedreich „Bemerkungen über die Rechtsmittel im französ. Strafverfahren ꝛc." Aschaffenb. 1851.

Derselbe „der französische Cassationshof." Aschaffenb. 1852.

v. Stengel „die wiederbelebte Instanzentlassung im bayer. Strafverfahren ꝛc." München 1854.

Hasenbalg „zur Strafproceßordnung. Von der Erhebung der öffentlichen Klage und ihrer Consumtion durch richterliches Urtheil." Hannover 1854. Endlich meine Schrift über die Rechtsmittel. —

Das englische Strafverfahren fand schon vor dem J. 1848 zwei deutsche Bearbeitungen:

Rüttimann „Ueber die englische Strafrechtspflege" (Amtlicher Bericht an die Züricher Gesetz-Revisions-Commission). Zürich 1837.

Stephen „Handbuch des englischen Strafrechts und Strafverfahrens" aus dem Englischen v. E. Mühry 2. Abth. Gött. 1843.

---

*) S. Krit. Ueberschau Bd. II. S. 339.

Digitized by Google

Seitdem erschienen: J. Glaser „das englisch-schottische Strafverfahren. Wien 1850. —

Mittermaier „das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren" Erlangen 1851.

Ihnen schließt sich an: W. M. Best's Grundzüge des englischen Beweisrechts, bearbeitet und mit Anmerkungen und Beilagen herausgegeben v. H. Marquardsen. Heidelberg 1851. —

Der französische Strafproceß wurde dargestellt von Daniels „Grundsätze des rheinischen und französischen Strafverfahrens" ꝛc. Berlin 1849, — und von E. H. Höchster „Lehrb. des französ. Strafprocesses." Bern 1850*)

Aus der Classe der commentirenden Schriften (zunächst natürlich nur particularrechtlichen Inhalts) seyen hier genannt:

A. v. Scheurl „Erläuternde Anmerkungen zu der neuen Strafproceßordnung f. d. diesrheinische Bayern (Ges. v. 10 Nov. 1848). München 1848."

R. Degener „die größeren Justizorganisationsgesetze f. d. H. Braunschweig aus den J. 184 und 1850. 2. Bd. den Commentar enthaltend." Braunschw. 1850.

Frantz „der preußische Strafproceß". Quedlinb. 1852

Rüttimann „die zürcherischen Gesetze, betr. die Organisation der Rechtspflege und das Strafverfahren mit Erläuterungen". Zürich 1853."

v. Hye-Glunek „die leitenden Grundsätze der österreich. St. P. O. v. 29 Juli 1853". Wien 1854.

F. O. Schwarze „die St. P. O. f. d. K. Sachsen mit Erläuterungen." Leipz. 1855; sodann derselben in jeder Beziehung ausgezeichneter Commentar zur St. P. O. f. d. K. Sachsen v. 11 Aug. 1855 in 2 Bdn." Leipzig 1855 und 1856. —

A. Lebret „die Strafrechtspflege der Gerichte des K. Würtemberg ꝛc." II. Bd. Stuttg. 1854.

*) Die neuesten Bearbeitungen des franz. Strafprocesses durch Franzosen (seit 1848) sollten zwar eigentlich hier unerwähnt bleiben; allein man wird doch entschuldigen, wenn hier auf das leider noch nicht vollendete Werk v. F. Hélie, dem wir zur Zeit in Deutschland kein ähnliches an die Seite zu setzen haben, und auf die systematische Darstellung von Trébutien „cours élément. de droit crim. II. Paris 1854 hingewiesen wird.

Digitized by Google

Hieran reihen sich die systematischen Darstellungen einzelner Particularrechte:

A. Mayer „das Strafverfahren im Großh. Baden nach d. Ges. v. 5 Febr. 1851." Freiburg 1852 u. 1853.

F. D. Schwarze „Grundsätze des k. sächs. Strafproceßrechts. Ein Leitfaden zu akad. Vorles. und zum Selbststudium." Leipz. 1856.

Schletter „Lehrb. des k. sächs. Strafproceßrechts nach der St. P. O. v. 11 Aug. 1855". Leipz. 1856.

Zu erwähnen sind ferner die Sammelwerke und vergleichenden Zusammenstellungen von Häberlin „Sammlung der neuen deutschen Strafproceßordnungen ꝛc." Greifswald 1852.

Hauff „die Gerichtsverfassung der sämmtl. deutschen Staaten." Fürth 1855.

E. Brauer „die deutschen Schwurgerichtsgesetze in ihren Hauptbestimmungen übersichtl. zusammengestellt". Erlangen 1856.

Von den Zeitschriften müssen hier namhaft gemacht werden: das Archiv des Criminalrechts, die Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslands, der Gerichtssaal, die Annalen v. (Hitzig) Schletter, das Goldtammer'sche Archiv, das Magazin für hannoverisches Recht, die Jahrbücher f. sächs. Strafrecht, die Blätter für Rechtspflege in Thüringen, die Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen, die (Schletter'schen) Jahrb. der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, das Magazin für badische Rechtspflege und Verwaltung, die Seuffert'schen Blätter f. Rechtsanwendung, die bayerischen Sitzungsberichte (bis 1854), die bayerische Zeitschrift f. Gesetzgebung und Rechtspflege (seit 1854), die österreichische Gerichtszeitung und das Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands von Temme. Die vielen trefflichen Leistungen in diesen und anderen Zeitschriften einzeln anzuführen, kann natürlich hier nicht beabsichtigt werden. Neben dem Guten läuft freilich auch manches Mittelmäßige und Ungenießbare her, und es wäre sicherlich ein qualitativer Gewinn, wenn unsere periodische Literatur einige und zwar nicht gar zu geringe quantitative Verluste zu erleiden hätte. Aber immerhin liegt in ihr für künftige legislative Verbesserungen ein sehr reiches Material angehäuft, und was in derselben durch Interpretation der positiven Bestimmungen für das

Digitized by Google

unmittelbar praktische Bedürfniß der Gerichte in den einzelnen Staaten geleistet wurde und fortwährend geleistet wird, ist so bedeutend, daß sich damit das, was unter der Herrschaft des früheren Rechts in der fraglichen Beziehung geleistet worden, schon jetzt gar nicht mehr vergleichen läßt, wovon der Grund in der Natur des neuen Rechtes selbst liegt. Die Anwendung dieses Rechts (des Schwurgerichtsproceßrechtes) ist ungleich schwieriger als die des früheren; es ergeben sich hier Verwickelungen und Probleme, wie solche die frühere Jurisprudenz nicht gekannt hat; es bietet dem juristischen Talent in einem vorher nicht geahnten Maße Gelegenheit sich zu üben und zu zeigen; und — es kann dieser Gewinn aus den Strafproceßreformen nicht hoch genug angeschlagen werden — mit der Oeffnung der Gerichtsthüren ist, wie die Literatur beweist, die auf anderen Gebieten des deutschen Rechtslebens noch immer fortbestehende unselige Kluft zwischen Theorie und Praxis verschwunden. Theorie und Praxis bieten auf unserem Gebiete seit dieser Zeit das höchsterfreuliche Schauspiel einer gemeinschaftlichen Hand in Hand gehenden Bearbeitung des neuen Rechtsstoffes.

I. Die Gerichtsverfassung.

In der Anordnung der Strafgerichtsverfassung ist die neuere deutsche Gesetzgebung bekanntlich fast unbedingt den französischen Einrichtungen gefolgt. Die verschiedenen Organe für die Functionen der Strafrechts-Pflege sind in unseren Rechten fast überall die nämlichen, wie im französischen Rechte, und im Großen und Ganzen ist diese Nachahmung unstreitig als ein Glück zu betrachten. Wir wollen hier nicht den viel besprochenen Mangel einer öffentlichen Anklagebehörde dem englischen Rechte wiederholt vorwerfen. Auch abgesehen von diesem Mangel, scheint eine Nachahmung der englischen Gerichtsverfassung zu den mit Recht für abenteuerlich gehaltenen Problemen zu gehören. Die französische Gerichtsverfassung bietet fast alles, was man seit langer Zeit in Bezug auf die Gerichtsorganisation für zweckmäßig und ersprießlich hielt; — sie bietet vor allem eine glückliche Lösung der längst gestellten Forderung, in jener Organisation das Princip der sog. Rollentheilung durchzuführen. Jede Hauptfunction der

Digitized by Google

Strafrechtspflege hat da ihr eigenes entsprechendes Organ, und das Zusammenwirken dieser Organe ist im ganzen genommen in einer Art und Weise angeordnet, welche jedem unbefangenen Sachverständigen die Anerkennung abnöthiget, daß bis jetzt wenigstens noch niemals und nirgends eine dem Zwecke der Strafrechtspflege besser entsprechende Einrichtung existirt habe. Was z. B. die französische Staatsanwaltschaft betrifft, so wüßten wir in der That kein diesen Zweck besser beförderndes Organ für die Function der Anklage und Verfolgung des Verbrechens, keinen adäquateren Ausdruck für unser dermaliges Staatsbewußtseyn nach der fraglichen Richtung hin. Man vergleiche nur damit, welche unvollkommenen Organe für die Anklagefunction die Rechts-Geschichte bisher aufzuweisen hat, z. B. die quadruplatores, die promotores. Es dürfte mit Sicherheit vorauszusagen seyn, daß sich das Institut der Staatsanwaltschaft nicht nur überall, wo es jetzt besteht, erhalten, sondern auch über kurz oder lang namentlich in England Eingang verschaffen werde.

Nicht mindere Anerkennung verdient der französische juge d'instruction. Es will nicht in Abrede gestellt werden, daß es bei den geringeren Strafsachen häufig keiner Voruntersuchung bedarf, daß es zweckmäßig sey, in solchen Fällen den Verdächtigen brevi manu sofort in die öffentliche Sitzung zur mündlichen Hauptverhandlung, es sey nun durch die Staatsbehörde oder das Gericht, vorladen zu lassen. Allein in den schwereren Fällen erheischt es ebenso das Interesse des Staates, wie das des Angeklagten, die Sache vorher einem rechtsverständigen und erfahrenen Manne zur Untersuchung zu übergeben, ob dieselbe so beschaffen sey, daß in Bezug auf den fraglichen Vorfall gegen eine bestimmte Person eine formulirte Anklage erhoben werden könne. Diese Untersuchung verlangt als eine selbständige Function von hervorragender Wichtigkeit auch ein selbständiges entsprechendes Organ, wie dieß im französischen Rechte besteht.

Was dagegen die Modalität dieses Organs im französischen Rechte betrifft, so ist dieß ein Punkt, wo wir gegen die französische Einrichtung entschiedenen Widerspruch erheben möchten. Der juge d'instruction wird nämlich in Frankreich als ein Mitglied der gerichtlichen Polizei betrachtet, und ist somit dem ministère public subordinirt.

Digitized by Google

In dieser Anordnung liegt eine grobe Verkennung des Wesens sowohl der Anklage-, als der Voruntersuchungsfunction. Beide Functionen sind selbständige und wesentlich von einander verschiedene; das Organ für die eine verlangt ebenso eine freie, selbständige Stellung und Bewegung, wie das Organ für die andere. Beide Organe müssen allerdings zur Erreichung des höheren gemeinschaftlichen Zweckes zusammenwirken, aber die Selbständigkeit des einen darf nicht der des andern aufgeopfert werden. Wenn auch die Aufgabe des Staatsanwaltes eine andere, höhere ist, als die eines sein Privatinteresse verfolgenden Privatanklägers, so ist er durch sein Amt der menschlichen Natur gemäß doch überall der Gefahr der einseitigen Auffassung und Befangenheit ausgesetzt, — während das Amt der Voruntersuchung wesentlich ein ebenso unbefangenes und unparteiisches ist, wie das des erkennenden Richters. Der deutsche Sprachgebrauch deutet dieß treffend mit dem Worte „Untersuchungsrichter" an. Der französische „juge d'instruction" wird durch seine Eigenschaft als Mitglied der gerichtlichen Polizei*) aus der Reihe der juges hinausgestoßen.

Diese französische Auffassung ist nun zwar mit ihren praktischen Consequenzen von der deutschen Gesetzgebung nicht recipirt worden. Die Subordination des Untersuchungsrichters unter den Staatsanwalt findet sich unseres Wissens in keiner deutschen Gesetzgebung ausgesprochen. Gleichwohl hat sich unser Recht von den Wirkungen jener Auffassung nicht völlig rein und frei zu halten gewußt. Einen Anklang an sie bildet die theilweise Störung der Gränzen beider Functionen, die Ermächtigung der Staatsbehörde zu Uebergriffen in das Amt des Untersuchungsrichters, die Befugniß zur Vornahme von eigentlichen Untersuchungshandlungen z. B. Zeugenvernehmungen.

„Der Staatsanwalt", heißt es bei Schwarze, „ist nicht dazu berufen, die Thätigkeit des Untersuchungsrichters in der Maße zu controliren, daß er etwa als Oberbehörde für den Untersuchungsrichter erscheint, vielmehr soll der Staatsanwalt nur das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft schützen und wahren, daß bei der Untersuchung alle gesetzlichen Mittel benützt werden,

*) Ueber die gerichtliche Polizei siehe den trefflichen Aufsatz von Schwarze im Arch. des Crim. R. 1849 S. 483 ff.

Digitized by Google

um das Verbrechen festzustellen und den Thäter zur Bestrafung zu ziehen. Die Untersuchung ist ein rein richterliches Geschäft, und es soll daher der Staatsanwalt den Richter bei dieser Thätigkeit nur unterstützen. Dagegen wird das Bezirksgericht den Untersuchungsrichter fortwährend überwachen, und der Untersuchungsrichter ist an die Weisungen des Bezirksgerichts gebunden." Mit diesen wenigen Worten scheint uns das ganze fragliche Verhältniß vollkommen richtig bezeichnet zu seyn. —

Die Voruntersuchung hat, wie zum Theil schon angedeutet, die Bestimmung, das zur Beantwortung der Fragen nöthige Material zu liefern, ob ein Verbrechen verübt worden und ob gegen eine bestimmte Person so viel Verdachtsgründe vorliegen, daß gegen sie eine formulirte Anklage erhoben werden könne. Nebenbei soll sie so viel wie möglich dafür sorgen, daß die mündliche Hauptverhandlung in der öffentlichen Sitzung (Audienz) ununterbrochenen Fortgang haben könne. Sobald der Untersuchungsrichter dieß Ziel erreicht zu haben glaubt, ist seine Function vorläufig beendigt, und es liegt nun eine neue Aufgabe vor: nämlich die Entscheidung über jene Frage, ob gegen eine bestimmte Person eine förmliche Anklage wegen eines bestimmten Verbrechens erhoben werden könne. Die Nothwendigkeit einer besonderen selbständigen Behandlung dieser Aufgabe leuchtet wohl von selbst ein, so wie auch als selbstverständlich vorausgesetzt werden darf, daß dieselbe nicht dem Untersuchungsrichter oder dem Staatsanwalte übertragen werden kann, sondern ein besonderes selbständiges Organ erfordert. Das englische Recht besitzt ein solches Organ in der sog. großen oder Anklagejury, einem Institute, dessen Beschaffenheit allenthalben bekannt ist. Kurze Zeit hatte auch Frankreich die Anklagejury; jetzt vertritt deren Stelle die sog. Anklagekammer (chambre de mise en accusation), welche jedoch nur bei crimes thätig wird, während bei délits die sog. Rathskammer (chambre du conseil; im bayer. Entwurf von 1851 „Verweisungskammer") den Beschluß nach durchgeführter Voruntersuchung zu fassen hat. Man muß nun zwar Glaser*) beistimmen, wenn derselbe dem

*) Das englisch-schottische Strafverf. Wien 1850. S. 9. S. auch Mittermaier „das engl., schott. und nordamerikan. Strafverf. S. 275, und Biener im Arch. des Crim. R. 1849. S. 88 ff.

französischen vor dem englischen Rechte in der fraglichen Beziehung den Vorzug gibt. Allein die deutsche Gesetzgebung hat, wie ich bereits in meiner Schrift über die Rechtsmittel*) ꝛc. ausgeführt habe, nicht wohl gethan, daß sie sich hierin so enge an die französische Einrichtung angeschlossen hat. Ich erlaube mir hier wiederholt darauf hinzuweisen, daß die Zutheilung der Beschlußfassung nach durchgeführter Voruntersuchung an das Appellationsgericht nicht nur eine verwerfliche Verschwendung von Zeit, Mühe und Geld, sondern auch eine zu beklagenswerthen Verwickelungen führende Einrichtung ist. Eine solche zu wiederholtenmalen in der bayerischen Praxis vorgekommene Verwickelung hat zu einer eigenen förmlichen Literatur**) geführt, ohne daß die Acten über die Frage zur Zeit als gänzlich geschlossen betrachtet werden könnten. Es würde zu viel Raum in Anspruch nehmen, wollte ich hier über die fragliche Verwickelung und ihre Literatur berichten: — es sey nur gestattet, hier zu wiederholen daß nicht nur dieser Mißstand leicht zu vermeiden, sondern auch viele überflüssige Mühe, Kosten und Zeit zu ersparen wären, wenn man der — freilich mit mehr als 3 Richtern zu besetzenden — Rathskammer die Beschlußfassung nach der Voruntersuchung ebenso in den schwurgerichtlichen, wie in den correctionellen Strafsachen überlassen würde. Es ist in der That schwer einzusehen, daß 5 Bezirksrichter ein ungenügendes Organ für die fragliche Function seyen. Ueber die hieher gehörige Einrichtung in Nassau und Württemberg (s. auch österreich. St. P. O. v. 17 Jan. 1850 §. 233 ff.) s. meine Schrift über die Rechtsmittel I. Abth. S. 158. —

Was sodann das erkennende Gericht betrifft, so hat sich auch hierin bekanntlich die Mehrzahl der neueren deutschen Gesetzgebungen im Wesentlichen dem französischen Rechte angeschlossen, und zwar von Einzelnheiten abgesehen mit Recht, nachdem sich die Einführung des Geschworneninstituts als Nothwendigkeit erwiesen hatte. Ich sage als Nothwendigkeit; denn, wenn diese nicht vorhanden

*) I. Abth. S. 156 ff. II. Abth. S. 238.

**) Blätter f. Rechtsanwendung v. J. A. Seuffert Bd. XV. S. 177 ff.; Bd. XVI. Ergänzungsbl. S. 41 ff.; Bd. XVI. S. 385 ff.; Bd. XVII. Nr. 20, 21, 24 und 25; St. v. Stengel „die wiederbelebte Instanzentlassung im bayer. Strafverf. ꝛc." München 1854. Vgl. auch Sitzungsber. der bayer. Strafgerichte Bd. II. S. 173.

Digitized by Google

gewesen wäre, so wäre auch die Einführung nicht erfolgt, und sobald sie nicht mehr vorhanden seyn würde, würde das Institut auch sofort verschwinden.

Ueber seine Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit ist in Deutschland sowohl vom politischen als vom proceßrechtlichen Standpunkte aus seit Decennien*) so viel hin und her gesprochen worden, daß es hieße Eulen nach Athen tragen, wollte die Krit. Ueberschau ihrem Publicum eine Erörterung über diese Frage auftischen. Wer eine vollständige Zusammenstellung aller erdenklichen Gründe für und gegen das Institut wünscht, der findet sie in Th. Hilgard d. Aelt. Aufsatz im 2 und 3 St. des Arch. d. Criminalrechts Jahrg. 1855. —

Wir brauchen uns hier um so weniger auf die Frage der Nützlichkeit desselben einzulassen, da es uns zur Zeit wenigstens noch als eine, wenn auch nur relative Nothwendigkeit gegenübersteht; über die Nützlichkeit des Nothwendigen zu sprechen, ist überflüssig. Was die Geschichte der Jury betrifft, so wäre es sehr wünschenswerth, daß über die hierauf bezügliche Literatur von einem Sachverständigen in dieser Zeitschrift kritische Ueberschau gehalten würde.

Daß von einer Nachahmung der mit mancherlei historischen Curiositäten durchwebten englischen Gerichtsverfassung seitens der deutschen Gesetzgebungen nicht die Rede seyn könne, davon dürfte ein auch nur flüchtiger Blick auf diese Gerichtsverfassung genügend überzeugen. Was hievon auf unsere Zustände zu übertragen war, das besitzen wir bereits wenigstens der Hauptsache nach, — womit jedoch keineswegs in Abrede gestellt werden will, daß unsere Gesetzgeber sich das englische Geschworneninstitut und den englischen Schwurgerichtsproceß fortan mehr als bisher zum Muster nehmen sollten. Wenn aber, wie dieß nicht selten geschieht, der Gesetzgebung vom Jahre 1848 daraus, daß sie das Brauchbare aus dem englischen Rechte nicht oder nicht genug aufgenommen, ein Vorwurf gemacht wird, so fühle ich mich verpflichtet, unsere Gesetzgeber gegen denselben in Schutz zu nehmen. Das englische Recht war vor dem Jahre 1848 in Deutschland noch zu wenig bekannt, als daß alles Nachahmungswürdige desselben sofort in die damals entstandenen Strafproceßgesetze hätte übergehen

*) Siehe die oben angeführte Literatur.

Digitized by Google

können, — und es ist sehr die Frage, ob wir jetzt im Genusse der durch diese Gesetze eingeführten heilsamen Reformen wären, wenn die damals hiemit Beauftragten das Studium des englischen Rechts als einen Theil ihrer Aufgabe betrachtet hätten. Ohne ungerecht zu seyn, darf man nicht vergessen, wie kurze Fristen man damals für jene Reformen vorschrieb. Sollten sie eingehalten werden, so mußte man nach dem Bekannten greifen, — und dieß war eben das französische Recht, welches auch wirklich überall verlangt wurde.

Bei einer genaueren Würdigung der damaligen und der bald darauf folgenden Umstände und Ereignisse wird man nicht in Abrede stellen können, daß die damaligen Gesetzgeber, wenn sie zum Ziel kommen wollten, den kürzesten Weg einschlagen mußten.

An neuen Einrichtungen solcher Art noch weitere Verbesserungen im Einzelnen anzubringen, ist in derartigen Fällen Sache einer folgenden Zeit, welche alsdann die inzwischen gewonnenen besseren Einsichten und gesammelten Erfahrungen benützen kann.

Es wird hier wohl keine Auseinandersetzung erwartet werden, inwieweit die neueren deutschen Gerichtsverfassungen unter einander und mit der französischen übereinstimmen oder von einander abweichen. Dieß ist zu ersehen aus K. Hauff's „die Gerichtsverfassung der sämmtlichen deutschen Staaten, mit Einschluß der nichtdeutschen Länder des österreichischen Kaiserstaates, und unter namentlicher Aufführung aller Ober- und Untergerichte". Fürth 1856.

Die bedeutendste Abweichung besteht darin, daß einige deutsche Staaten das Geschworneninstitut nicht besitzen. Welche Staaten dieß seyen, darf wohl auch als bekannt vorausgesetzt werden. Aber selbst die Gesetzgebungen solcher Staaten haben sich großentheils den französischen Einrichtungen angeschlossen; freilich Oesterreich weniger als das K. Sachsen, indem dort namentlich der Grundsatz der 3 Instanzen wieder eingeführt worden ist, und somit der oberste Gerichtshof aufgehört hat, als Cassationshof zu fungiren. (S. Hye-Glunek „die leitenden Grundsätze der österr. St. P. O. v. 29 Juli 1853 S. 13; dagegen Schwarze a. a. O. I. Bd. 7 Capitel „Von den Rechtsmitteln.") —

Indessen haben auch diejenigen deutschen Gesetzgebungen, welche die Jury besitzen, die Geschwornen, wie der Code d'instr.

Digitized by Google

crim., nur zur Mitwirkung bei den schwereren Fällen*) berufen; einige z. B. die preußische haben auch hievon bezüglich der Staatsverbrechen eine Ausnahme gemacht, während umgekehrt andere z. B. die bayerische zu den schwereren Verbrechen noch die Preßvergehen hinzugefügt haben. Das Nähere hierüber findet sich in C. Brauers „die deutschen Schwurgerichtsgesetze in ihren Hauptbestimmungen übersichtlich zusammengestellt." . . . Erlangen 1856. S. 11 — 22. —

Auf diese Zusammenstellung müssen wir auch bezüglich der Bestimmungen über die Bildung der Geschwornenbank (Juryfähigkeit, Anfertigung der Listen ꝛc.) verweisen. Eine principielle, historisch-kritische Behandlung dieser Frage lieferte R. Gneist bereits im Jahre 1849 in seiner Schrift: „die Bildung der Geschwornengerichte in Deutschland."**) Bezüglich der Juryfähigkeit scheint man jetzt wohl allgemein darin übereinzustimmen, daß es am zweckmäßigsten sey, das Princip des Census mit dem der Capacitäten zu verbinden, und was die Auswahl unter den gesetzlich Befähigten resp. Verpflichteten betrifft, so liegt es wohl unstreitig im Wesen des Geschworneninstituts, daß, wie dieß das bayerische sog. Grundlagengesetz v. 4 Juni 1848 art. 10 a. E. vorschreibt, die Geschwornen ursprünglich nicht von der Regierung ernannt werden, sondern aus Volkswahl hervorgehen. Ein Hauptmangel der französischen Jury besteht darin, daß der Präfect die Hauptliste bildet. Hierin liegt ebenso eine Verkümmerung des Wesens der Jury, wie in ihrer Ausschließung bei den Staatsverbrechen. Der englische sherif ist zwar auch ein Beamter, aber ein von der Regierung ebenso unabhängiger, wie der Präfect ein von derselben abhängiger. Wenn auch die Bestimmungen des bayer. Ges. v. 19 Nov. 1848 über die Bildung der Geschwornenbank etwas zu complicirt und weitwendig sind, so können sie doch als eine glückliche Ueberwindung der Schwierigkeiten betrachtet werden, welche das Erforderniß der Volkswahl mit sich bringt. Es möchte in der That kein passenderes Organ für die Auswahl der zum Geschwornendienste Tauglichen zu finden seyn, als die Provincialvertretung

*) Marquardsen im Arch. des Crim. R. 1849 S. 432 ff. meint, das Schwurgericht müsse auf alle nur möglichen Fälle ausgedehnt werden.

**) Vgl. auch Heffter in Arch. des Crim.-R. 1849 S. 1 ff.

Digitized by Google

(Landrath), — daher es zu beklagen ist, daß der bayer. Entwurf einer St. P. O. v. 1851 diese Einrichtung aufgeben und den Weg des französischen Rechtes betreten wollte.

Daß man die Geschwornen nicht auch zu den geringeren Fällen zuzieht, muß unter den bestehenden Verhältnissen gutgeheißen werden; aus einer allzugroßen Vermehrung der schwurgerichtlichen Fälle würde dem Institute sicherlich eine bedeutende Gefahr erwachsen. Denn wie hoch auch immerhin der bessere Theil des Volkes das Institut schätzen möge, und wie gern es die Pflichten eines Geschwornen auf sich nehme, der Geschwornendienst ist und bleibt doch immer eine nicht geringe Last und Steuer, die von manchem nicht so leicht getragen wird. Um das Institut von dieser Seite zu stützen, sind die jetzt in Deutschland immer häufiger werdenden Geschwornenvereine höchst empfehlenswerth.

Was sodann den Schwurgerichtshof betrifft, so scheint es zweckmäßiger, von den Functionen des Präsidenten in der zweiten Abtheilung zu sprechen; hier habe ich nur zu bemerken, daß es eine Verschwendung von Kräften und Kosten ist, wenn neuere deutsche Gesetzgebungen z. B. die bayerische dem Präsidenten mehr als zwei Beisitzer geben; ich erinnere in dieser Beziehung nur an das französische, und noch mehr an das englische Recht.

Ueber die Correctionalgerichtsverfassung kann ich hier noch nichts sagen; es wird darüber, sowie insbesondere über die zweite Instanz in der zweiten Abtheilung, wo von den Rechtsmitteln die Rede ist, gesprochen werden. Dasselbe gilt vom Cassationshofe. Ich gehe nämlich bei diesen Fragen von dem Grundsatze aus, daß sich die Gerichtsverfassung nach den Bestimmungen über das Verfahren und die Rechtsmittel, nicht diese nach jener zu richten haben. S. meine Schrift über die Rechtsmittel I. Abth. S. 153.

Ich beschränke mich vorläufig auf die Bemerkung, daß im ganzen genommen — eine Ausnahme macht namentlich Braunschweig — die deutsche Gesetzgebung nach meinem Dafürhalten zu unselbständig den französischen Einrichtungen gefolgt ist. —

Schließlich muß aber noch eines legislativen Vorschlags gedacht werden, der eine wesentliche Veränderung an dem Geschwornengerichte bezweckt. Es ist dieß der Vorschlag Th. Hilgard's des Aeltern in der zweiten Abtheilung der bereits oben angeführten

Digitized by Google

Abhandlung im Archiv des Criminalrechts. Sowohl die Persönlichkeit des Urhebers, als auch die Originalität und Tragweite des Vorschlags machen einen, wenn auch nur kurzen Bericht darüber nothwendig. Nachdem der Verfasser in der I. Abtheilung die Licht- und Schattenseiten der Jury mit einer merkwürdig objectiven Parteilosigkeit gegen einander gestellt hatte, so daß man am Ende wirklich nicht errathen konnte, ob er Freund oder Feind des Instituts sey, — eröffnet er in der zweiten Abtheilung, daß er mit der dermaligen Schwurgerichtsorganisation, wie wir sie in England, Frankreich und Deutschland finden, nicht einverstanden sey.

Zwar hält er die Behauptung, daß die Jury ein wesentlich demokratisches Institut sey, ebenso für irrthümlich, wie Referent*); — ja er „stimmt in Bezug auf politische Verbrechen jeder Art entschieden für Schwurgerichte, besonders da, wo ständigen Richtern nicht eine vollständige Unabhängigkeit von der Regierung gesichert sey, ein Requisit, welches, so viel ihm bekannt, bis jetzt nirgends existire und auch in solcher Unbedingtheit kaum gedacht werden könne." ..... „Es ist überhaupt keineswegs die Gefahr ungehöriger Freisprechungen, die er bei dem Schwurgerichte hauptsächlich fürchtet; es ist das Umgekehrte — die Gefahr ungerechter Verurtheilungen — herbeigeführt durch Mangel an Einsicht, an feinerer Menschenkenntniß, an geübter Logik und Gedächtniß bei Vergleichung und Würdigung der Beweise und Gegenbeweise; durch Verwechslung des Wahrscheinlichen mit dem Gewissen u. s. f."

Um nun die Mängel beider Systeme zu beseitigen und zugleich die Vorzüge beider mit einander zu verbinden, bringt er in fünf formulirten Gesetzesparagraphen im Wesentlichen folgende neue Einrichtungen in Vorschlag: Es sollen Geschworne und Gerichtshof gleichzeitig, aber völlig abgesondert und unabhängig von einander, über Schuld oder Nichtschuld berathen und entscheiden. Die Entscheidung der Geschwornen sey zuerst zu verkünden; laute sie auf Nichtschuldig, so sey die des Gerichtshofes gar nicht mehr zu verkünden; der Präsident habe

*) Die Rechtsmittel im Strafverf. I. Abth. S. 139 — 146; vgl. auch v. Arnold im Gerichtssaal VII. Jahrgang 1855. 1. Bd. S. 126 ff.

Digitized by Google

den Angeklagten sofort freizusprechen. Laute sie auf Schuldig, die des Gerichtshofes dagegen auf Nichtschuldig, so sey der Angeklagte ebenfalls freizusprechen. Lauten sie endlich zwar beide auf Schuldig, weichen aber in irgend einem Punkte von einander ab, so soll die mildere Entscheidung gelten.

Ebenso sollen in diesem letzten Falle Gerichtshof und Geschworne gleichzeitig und abgesondert über die Strafe berathen und entscheiden, und soll im Falle der Verschiedenheit beider Entscheidungen wieder die mildere den Vorzug haben. Die principielle Motivirung dieses Vorschlags besteht darin, daß im constitutionell-monarchischen Staate bei den wichtigsten Operationen der großen Staatsmaschine die zwei Hauptelemente des öffentlichen Lebens, das der Staatsgewalt (das gouvernementale) und das volksthümliche vereint wirken und sich gegenseitig einander controliren sollen. Sey die gesetzgebende Gewalt eine auf solche Weise combinirte, — warum sollte es nicht auch die richterliche seyn? . . . . Ein solches Zusammenwirken liege zwar schon in den Bestimmungen der Art. 351 und 352 des code d'instr. crim., sowie auch in mehreren Functionen des Präsidenten, — aber nur unvollkommen. Hilgard unterwirft diese Einrichtungen einer eingehenden Prüfung, und sucht schließlich auch die Zweckmäßigkeit seiner Vorschläge nachzuweisen. Er sucht zu zeigen, daß durch diese Einrichtung zugleich die Gerechtigkeit (identisch mit dem öffentlichen Interesse), der Angeklagte und das öffentliche Vertrauen zu der Strafrechtspflege gewinnen würden, ohne daß irgend ein größerer Aufwand von Zeit, Arbeit oder Kosten veranlaßt würde. Wenn auch hier keine nähere Prüfung dieser Vorschläge am Platze ist, so kann ich doch einige Bedenken gegen dieselben nicht unterdrücken.

Fürs erste möchte ich nämlich darauf aufmerksam machen, daß meines Wissens eine der projectirten ähnliche Einrichtung noch niemals und nirgendwo bestanden habe. Die Geschichte der Strafgerichtsorganisation hat bisher kein Beispiel dafür aufzuweisen, daß grundsätzlich ein und derselbe Straffall von zwei verschiedenen Gerichten oder Gerichtsabtheilungen gleichzeitig und abgesondert berathen und entschieden werde. Denn wenn auch in einigen Staaten der nordamerikanischen Union die Einrichtung besteht, daß die Jury auch bei der Festsetzung des Strafmaßes mitwirkt,

Digitized by Google

so wird doch auch dort die Entscheidung über die Schuldfrage von der Jury allein ohne Doppelgänger gefunden. Indessen, bin ich weit davon entfernt, aus der Originalität und Neuheit des Vorschlages einen Grund zu dessen Verwerfung ableiten zu wollen; ich will vielmehr mit obiger Bemerkung nur auf die Nothwendigkeit der sorgfältigsten und vorsichtigsten Prüfung desselben hinweisen. Dagegen scheinen mir folgende Erwägungen allerdings gegen die Neuerung zu sprechen: Mir scheint die fragliche Einrichtung mehr als eine bloße Controle zu seyn; Jury und Gerichtshof controliren sich nicht bloß, sondern sie thun beide ganz genau ein und dasselbe. Die Jury erhält dadurch für die Entscheidung der Schuldfrage einen Doppelgänger, der Gerichtshof für die Entscheidung der Straffrage. Ich glaube, daß diese Rivalität unfehlbar zu höchst bedenklichen Collisionen zwischen dem vom Verfasser sogenannten gouvernementalen und dem volksthümlichen Elemente führen, und daß durch die unausbleiblichen und unvermeidlich zu Tage kommenden Fälle des Zwiespalts in den beiden Bestandtheilen des Urtheils das Ansehen und die Achtung beider Elemente, somit die Autorität des ganzen Gerichts und der Justiz selbst erschüttert würden. Ferner ist zu bedenken, daß wenn die Jury Schuldig und der Gerichtshof Nichtschuldig spricht oder umgekehrt, an dem so Freigesprochenen ein Verdacht haften bleibt, der durch nichts wieder beseitigt werden kann. Es ist nämlich, wie schon bemerkt, nicht zu erwarten, daß die dem Freigesprochenen ungünstige Ansicht des Gerichtshofes unbekannt bleibe. Was endlich die hier wohl zunächst entscheidende Frage des Bedürfnisses nach einer solchen wesentlichen Veränderung des schwurgerichtlichen Verfahrens betrifft, so sprechen die bisherigen Erfahrungen in Deutschland nicht für die als Grund für die fragliche Veränderung angeführte „Gefahr ungerechter Verurtheilungen". Welche sind denn die hiezu Anlaß gebenden Fälle ungerechter Verurtheilungen? Die Engländer und Nordamerikaner lassen sich bereits seit Jahrhunderten, die Franzosen seit mehr als einem halben Jahrhundert durch Geschworne ohne Doppelgänger aburtheilen, und sie fühlen bis zur Stunde nicht das Bedürfniß, ihnen solche beizugeben; — sollte bei uns schon nach einem halben Dutzend Jahren dieß Bedürfniß vorhanden seyn? Wenn es bestünde, wäre es traurig; wir haben aber nicht einmal Grund stolz darauf zu seyn,

Digitized by Google

daß es nicht besteht. Sollen wir nun die Aenderung machen ohne das Bedürfniß? Die Engländer sagen: Nolumus leges Angliae mutari! Wir dürften Anlaß haben, diesen Spruch zu beherzigen.

Indessen ist nicht zu verkennen, daß in unseren Gesetzgebungen dem Bedürfnisse, ungerechte Urtheile wieder zu beseitigen, keineswegs Genüge geleistet ist. Ich verweise in Bezug auf dieß Bedürfniß und dessen Befriedigung auf das, was unten über das Rechtsmittel der Revision (Wiederaufnahme des Verfahrens) bemerkt ist. Auch läßt sich noch manches thun, um solche Urtheile zu verhüten; manche Einrichtung des englischen Processes wäre hiezu dienlich, insbesondere das englische Beweisrecht.

II Das Verfahren.

1. Die Principien.

Die da zu entscheiden hatten über unsere höchsten Güter, über Freiheit, Ehre, Vermögen, Leib und Leben, — die den Unschuldigen vom Schuldigen unterscheiden und durch die Bestrafung des letzteren zugleich für die Gerechtigkeit und für das allgemeine Wohl sorgen sollten, — sie saßen bei geschlossenen Thüren beisammen und hörten mit mehr oder weniger Aufmerksamkeit an, was der Referent ihnen über den Fall zu berichten für gut und nöthig hielt! — Doch ohne Zweifel war der Referent in der Sache so vollkommen wie möglich informirt? Man ist berechtigt, dieß als sicher anzunehmen, wenn man bedenkt, daß der Vortrag des Referenten (sowie der des Correferenten) die einzige Quelle war, woraus das erkennende Gericht sein Urtheil zu schöpfen hatte. Gleichwohl wäre diese Annahme ganz und gar unbegründet. Ebensowenig wie seine Collegen hatte der Referent das, was er berichtete, selbst gesehen oder selbst gehört. Er hatte den Angeklagten, die Zeugen und die Sachverständigen ebensowenig zu sehen bekommen, er hatte ihre Aussagen ebensowenig gehört, wie seine Collegen. Relata refero — mußte er bekennen. Seine Quellen waren die Untersuchungsacten: die Augenscheins-, die Verhörs-, die Zeugenvernehmungsprotokolle und die schriftlichen Gutachten der Sachverständigen nebst etwaigen Leumundszeugnissen. Von einem Selbstsehen konnte allenfalls nur in Be-

Digitized by Google

zug auf das corpus delicti die Rede seyn. Da diese Protokolle bekanntlich vom Untersuchungsrichter dictirt zu werden pflegten, so kam natürlich nicht wenig auf die Individualität desselben an, in welcher Qualität und Quantität dem erkennenden Gerichte das Beweismaterial vorlag. Die Unnatürlichkeit und Unzweckmäßigkeit dieser Einrichtung, sowie andererseits die Zweckmäßigkeit und Natürlichkeit des sog. mündlichen oder unmittelbaren (directen) Verfahrens sind so einleuchtend und handgreiflich, daß man sich in der That höchlich wundern muß, wie es möglich war, daß sich die Einrichtung so lange Zeit halten konnte. Es scheint daher auch nicht nöthig, bei dem Vorzug des Princips der Mündlichkeit oder Unmittelbarkeit vor dem der Schriftlichkeit (Actenmäßigkeit) länger zu verweilen. Eine neue Strafproceßordnung, in der das Verfahren nicht mündlich, dürfte fortan zu den Unmöglichkeiten gehören.

Eine andere nicht minder wichtige und dringend nothwendige Reform des früheren Strafverfahrens betraf das Beweisrecht, wie es sich denn von jeher bei allen großen Veränderungen im Strafverfahren hauptsächlich um eine mehr oder minder tiefgehende Umgestaltung des Beweisrechtes handelt. Zwar waren bei der letzten Reform des Strafverfahrens nicht mehr neue Beweismittel an die Stelle der vorhandenen zu setzen, wie damals als das Gottesurtheil, das Duell und das Eidhelferinstitut obsolet geworden waren. Zeugen, Urkunden, Indicien und Geständniß waren, sind und bleiben die einzig rationellen Beweismittel. Ja es handelte sich auch nicht mehr um die richtige Werthbestimmung dieser Beweismittel; die bis zur Absurdität und Brutalität der Folter getriebene Ueberschätzung des Geständnisses war schon geraume Zeit überwunden; das Zeugniß war ihm gleichgestellt und die Indicien waren wenigstens so weit anerkannt, daß auf sie allenthalben die höchste Freiheitsstrafe gebaut werden konnte.

Gleichwohl war die zu treffende Aenderung von nicht minderem Belang, als jene Umgestaltung der Beweismittel. Die Aenderung betraf nichts geringeres, als die Geltung der richterlichen Ueberzeugung von der Schuldfrage im concreten Falle. Soll die richterliche Ueberzeugung in der Beweisfrage frei seyn oder nicht? Schon vor 1848 wurde die Frage vielfach erörtert, ob die richterliche Ueberzeugung von der

Digitized by Google

Schuld des Angeklagten nicht wenigstens als conditio sine qua non für das „Schuldig" aufzustellen sey, und es fehlte auch nicht an legislativen Erscheinungen, die sich hiefür entschieden. Allein immerhin wagte man noch nicht, das Princip der vollständigen Freiheit der richterlichen Ueberzeugung zu proclamiren; es wurde dieser überall nur eine bedingte, beschränkte Geltung zugestanden. Außer der richterlichen Ueberzeugung war immer noch ein gesetzlich im voraus bestimmtes Maß von Beweismitteln zu einem Schuldig erforderlich, und es fanden auch diese sog. negativen Beweistheorien in der Doctrin mehrfache Billigung und Vertretung, während man sich gleichzeitig in der Gesetzgebung und Doctrin immer mehr und entschiedener von den die richterliche Ueberzeugung förmlich ignorirenden sog. positiven Beweistheorien abwandte.

Wenn aber auch in dieser theilweisen Anerkennung der richterlichen Ueberzeugung ein unbestreitbarer Fortschritt lag, so war dieß doch immer nur eine Halbheit. Wenn man die richterliche Ueberzeugung in der bezeichneten Weise als Bedingung für das Schuldig hinstellt, so liegt darin eine gänzliche Verkennung ihres Wesens. Sie erscheint dann als ein bloßes Beweismittel, coordinirt den übrigen Beweismitteln. Der Gesetzgeber, der eine solche negative Beweistheorie aufstellt, thut im Grunde genommen doch dasselbe, was der Gesetzgeber thut, welcher eine positive Beweistheorie aufstellt. Beide gehen von der irrthümlichen Ansicht aus, als sey es möglich und ihre Aufgabe, im voraus für alle Fälle abstract zu bestimmen, wer schuldig sey und wer nicht, oder wann eine Anklage für bewiesen gehalten werden könne und wann nicht; beide wollen etwas entscheiden, was sie nicht entscheiden können, ohne sich mit der Wirklichkeit in Widerspruch zu setzen; beide sehen nicht ein, daß ihre Systeme mit der Vielgestaltigkeit des Lebens unvereinbar sind; beide abstrahiren, wo die Abstraction unstatthaft ist, — nur der eine mehr, der andere weniger. Die Beweis- oder Schuldfrage kann eben vermöge der unabsehbaren Vielgestaltigkeit des Lebens nur concret beantwortet werden d. h. nach concreter Würdigung der im einzelnen Falle zu Tage gekommenen Beweismittel, — und auf diesem Grunde beruht die Nothwendigkeit, daß die Schuldfrage nach der freien Ueberzeugung des Richters beantwortet werde. Erst wenn diese Freiheit anerkannt ist, hat die richter-

Digitized by Google

liche Ueberzeugung die ihr gebührende Stellung als Urtheil, nicht als Bedingung des Urtheils. Darin, daß dieß wichtige Princip im englisch-französischen Rechte bereits Geltung besaß, lag wohl ein Hauptgrund, warum dieses Recht auf unsere Rechtsentwickelung so mächtigen Einfluß erlangte. Der Anerkennung dieses Grundsatzes können sich auch diejenigen Gesetzgebungen nicht entziehen, welche das Geschwornengericht verwerfen. Indessen darf hier nicht unerwähnt bleiben, daß auf höchst bemerkenswerthe Weise nachzuweisen gesucht worden ist, daß zwischen dem fraglichen Grundsatze und dem Geschwornengerichte ein innerer, nothwendiger Zusammenhang bestehe.

Außer den beiden besprochenen Principien (Mündlichkeit und Freiheit der richterlichen Ueberzeugung bei der Beantwortung der Schuldfrage) und abgesehen von der Oeffentlichkeit, hat das Verfahren selbst in seinen Principien (im engeren eigentlichen Sinne des Wortes) keine Aenderung erlitten. Was sonst noch als principielle Aenderung namhaft gemacht wird, kann bei genauerer Betrachtung nicht als solche anerkannt werden. Dieß gilt namentlich von dem sog. Anklageprincip. Noch immer kann man hören, daß an die Stelle des Untersuchungs- (oder Inquisitions)-Principes das Anklageprincip, an die Stelle des Untersuchungsprocesses der Anklageproceß getreten. Es dürfte daher nicht überflüssig seyn, wenn ich hier darauf zurückkomme, was ich hierüber bereits in der Vorrede zu meiner Schrift über die Rechtsmittel bemerkt habe.

Man begreift gewöhnlich unter dem Ausdrucke „Untersuchungsprincip" zwei Hauptgrundsätze: erstens die Verfolgung der Verbrechen von Amtswegen (oder Staatswegen), und zweitens das Streben nach materieller Wahrheit. Dieser Sprachgebrauch ist sehr mißlich; ohne ihn wäre es sicherlich nicht zu jenem Irrthume gekommen; er war die Quelle desselben, wenn auch noch andere Mißgriffe mitwirkten. Man hätte nicht wohl von Abschaffung des Untersuchungsprincipes und Einführung des Anklageprincipes sprechen können, hätte man nicht unter dem Ausdrucke „Untersuchungsprincip" auch den Grundsatz der Verfolgung von Staatswegen verstanden. Denn der Irrthum bezog sich nicht auf den Grundsatz des Strebens nach materieller Wahrheit, der allerseits unangefochten blieb, sondern auf den Grundsatz der Verfolgung von Amts-

Digitized by Google

wegen, — wofür ich die Bezeichnung „Officialprincip“ in Vorschlag gebracht habe. Man war zwar nicht der Meinung, als müsse dieses Princip aufgegeben und an seine Stelle das Princip der Privatverfolgung oder Privatanklage gesetzt werden, etwa in der Art, wie sich dieß in England findet. Aber der Irrthum bezog sich insoferne auf das Officialprincip, als man glaubte, mit der Aenderung der Form desselben müsse das Untersuchungsprincip aufgegeben werden. Der Irrthum bestand darin, daß man die bei uns einzuführende französische Form des Officialprincips (Staatsanwaltschaft) für ein Princip des Verfahrens, und sich zu dem Schlusse für berechtigt hielt: der frühere gemeinrechtliche Strafproceß beruhte auf dem Untersuchungsprincip; in diesem Processe gab es kein besonderes Anklageamt; im neueren Verfahren dagegen gibt es ein solches; — also ist dieß Verfahren kein Untersuchungsproceß mehr, und es ist an die Stelle des Untersuchungsprincips das Anklageprincip getreten.— Die Würdigung dieses Schlusses sey dem Leser selbst überlassen. —

Um aber aus der bezeichneten terminologischen und Begriffsverwirrung heraus und endlich einmal zu einer feststehenden und einfachen Terminologie zu gelangen, dürfte es unumgänglich nothwendig seyn, sich hinfüro des Ausdruckes „Untersuchungsprincip“ nur für das Princip des Strebens nach materieller Wahrheit zu bedienen; — für das Princip der Verfolgung der Verbrechen von Staatswegen wüßte ich keinen passenderen, als „Officialprincip.“ Was sodann den Ausdruck „Anklageprincip“ betrifft, so kann derselbe, falls man sich darunter nicht eine bloße Form, sondern ein wirkliches Princip, und zwar das dem Untersuchungsprincip (Streben nach materieller Wahrheit) entgegengesetzte denkt, offenbar nichts anderes bedeuten, als das Princip der sog. formellen Wahrheit. Hienach ist es aber unbegreiflich wie man behaupten kann, das neuere deutsche oder das englische oder das französische Strafverfahren sey ein Anklageproceß oder beruhe auf dem Anklageprincip. Im übrigen sey in dieser Beziehung nur noch auf die Schriften von Köstlin (Wendepunkt S. 40 ff.), Biener (im Gerichtssaal 1855 Bd. I. S. 408 ff.) und neuestens Schwarze (Comment. I. S. 39.) verwiesen.

2. Die Voruntersuchung und das Uebergangsverfahren.

Der Zweck der Voruntersuchung im neueren französisch-deut

Digitized by Google

schen Strafverfahren wurde bereits oben bezeichnet. Aus ihm ergibt sich das Maß derselben von selbst. Sie soll zwar die Hauptverhandlung genügend vorbereiten; aber sie soll diese nicht überflüssig, nicht zu einem „endlichen Rechttag" machen. Sie soll zwar mehr als die frühere General-, aber auch bei weitem nicht so viel als die frühere Specialuntersuchung seyn.

Ob die wohl hie und da erhobene Forderung der Oeffentlichkeit der Voruntersuchung*) verwerflich sey, bleibe einer späteren besonderen Erörterung vorbehalten. Gerechtfertiget erscheint jedenfalls die Forderung, daß dem in Untersuchung Gezogenen schon in der Voruntersuchung und zwar wenigstens, wie in der thüringenischen St. P. O., noch vor der Beschlußfassung der Rathskammer ein Vertheidiger**) beigegeben werde, weil mit mehreren Untersuchungshandlungen und noch mehr mit den meisten Rathskammerbeschlüssen nothwendig verschiedene sehr empfindliche Uebel für denselben verbunden sind. Selbst dann, wenn auch die Stellung der Untersuchungsrichter den Staatsanwälten gegenüber eine unabhängige ist, wenn auch zum Untersuchungsamte nur tüchtig qualificirte Personen berufen werden, und wenn endlich auch die gesetzlichen Bestimmungen über Verhaftung den betreffenden englischen Einrichtungen genähert würden, so dürfte die Bestellung eines Vertheidigers während der Voruntersuchung nicht überflüssig erscheinen.

Was die einzelnen Untersuchungshandlungen betrifft, so wird man hier wohl keine Erörterungen über die hieher gehörigen Bestimmungen der neueren Strafproceßgesetze erwarten; — mehrfache Gründe sprechen dagegen; ich bemerke nur, daß auch in dieser Beziehung der Commentar von Schwarze Vorzügliches leistet.

Die Nothwendigkeit der Voruntersuchung bildet natürlich die Regel; sie ist unbedingt unerläßlich in allen wichtigeren Fällen. In geringeren Vergehensfällen dagegen wäre es nicht selten eine

*) Es hat, wie Mittermaier (deutsches Strafverf. I. S. 216) mittheilt, im J. 1837 auch Keller die Oeffentlichkeit der Voruntersuchung in seinem Gutachten über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Schweizertruppen als nothwendig dargestellt.

**) Vgl. hierüber Hänle im Gerichtssaal VI. Jahrg. Juliheft. S. 41 ff.

Digitized by Google

Verschwendung von Zeit, Mühe und Kosten, wenn von derselben nicht Umgang genommen würde, und es wird mit Recht als sehr wünschenswerth bezeichnet, daß die Staatsanwälte resp. die Gerichte von der directen Ladung in die öffentliche Sitzung so oft wie schicklich Gebrauch machen.

Das sog. Uebergangsverfahren in den Schwurgerichtssachen würde vereinfacht, wenn man an die Stelle des Zweikammersystems das Einkammersystem setzen würde, wie dieß auch von manchen Gesetzgebungen geschehen ist.

Bezüglich der Rechtsmittel gegen die Beschlüsse nach durchgeführter Voruntersuchung beschränke ich mich auf meine Schrift über die Rechtsmittel im Strafverfahren, II. Abtheil. S. 235 – 230 zu verweisen, woselbst ich die für die fragliche Materie maßgebenden Principien aus der Natur der Sache und im Einklange mit dem übrigen Proceßrechte entwickelt habe.

Einige gute Bemerkungen über das Vorbereitungsverfahren enthält der bereits angeführte Aufsatz von Hänle im Gerichtssaal, wenn auch zunächst nur vom Standpunkte des Vertheidigers.

Was endlich die Frage der rechtlichen Wirkungen der Verweisungsbeschlüsse sowohl in Bezug auf den Angeklagten, als auf das erkennende Gericht betrifft, so hat dieselbe in der bereits oben S. 204 angeführten bayerischen Literatur eine interessante und einläßliche Erörterung gefunden. In Uebereinstimmung mit der französischen Jurisprudenz, die von dem Satze ausgeht: les arrêts de renvoi ne sont qu'indicatifs et non attributifs de juridiction ist man insbesondere zur Anerkennung folgender Sätze gekommen: 1) das erkennende Gericht muß die an dasselbe verwiesene Sache in Verhandlung nehmen; 2) das Correctionalgericht kann sich aber des Urtheils enthalten, wenn es die Sache für eine schwurgerichtliche hält, wenn auch der Verweisungsbeschluß vom Appellgerichte ausgegangen; 3) der Angeklagte kann ungeachtet eines solchen Verweisungsbeschlusses noch vor die Assisen gestellt werden, ꝛc. ꝛc.

Vgl. jetzt auch Schwarze, Comment. II. S. 12 ff.

(Fortsetzung folgt.)

Dr. F. Walther.

Digitized by Google

VII.

Zur neuesten civilistischen Literatur.

(Fortsetzung).

Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, von Otto Bähr.

Zur Beurtheilung des Buches, worüber S. 1 fg. Bericht erstattet wurde, schreitend, müssen wir vorerst, was „die römischen Grundlagen" betrifft, rühmend anerkennen daß der Vf., unter geschickter Verwendung der Forschungen anderer, mit sicherm Takt seinen Gegenstand erfaßt und eine in sich wohlabgerundete Darstellung gegeben hat, die selbst, wo man ihr nicht beistimmen kann, etwas bestechendes hat. Auch die im Anhang weiter ausgeführte wesentlich neue Ansicht über die exceptio non numeratæ pecuniæ, auf welche die Vorrede S. V mit einer gewissen Scheu hinweist, ist in einer Weise entwickelt und begründet, welche den Vorwurf des Haschens nach Neuem jedenfalls ausschließt, ja wohl gar die herrschende Lehre in der That zu erschüttern geeignet erscheint. Sie tritt dieser schnurstracks mit dem Satze entgegen, daß die exceptio die einfache Beweiskraft des Empfangbekenntnisses auch innerhalb der gesetzlichen Frist nicht ausschließe, während sie nach Ablauf dieser Frist überall nicht mehr zulässig sey. Gneist (formelle Verträge S. 19.) bezeichnet es noch als „jetzt unbestritten und nach Lage der Quellen unbestreitbar", daß innerhalb der zweijährigen Frist der Gläubiger, ohne sich auf den Schuldschein berufen zu können, die Zahlung des Darlehens anderweitig beweisen müsse. Aber

Digitized by Google

bei strenger Prüfung der dafür angeführten Belegstellen findet sich daß sie dieſen Satz keineswegs bestimmt aussprechen, und den indirecten Argumenten, die man daraus ziehen mag, gegenüber nehmen sich die Gegenargumente unseres Vf. (vgl. oben S. 43 — 46.) ganz stattlich aus. Die neuere Gesetzgebung, welche jenem Satze ohnehin abhold ist, mag sich in dieser Abneigung gern bestärkt sehen, durch die Nachweisung daß er auch im R. R. nicht fest stehe. Der andere Theil der Thesis aber, daß nach Ablauf der Frist die Einrede gar nicht mehr zulässig, selbstverständlich also Gegenbeweis gegen das Empfangbekenntniß ausgeschlossen sey, wird ohnehin wohl von der Mehrzahl der Rechtsgelehrten theoretisch als richtig anerkannt, wenn gleich des Referenten Lehrbuch §. 281 noch der gegentheiligen Ansicht sich anschließt, und (nach Seuffert's Archiv) auch die neueste Praxis gegen die Anwendbarkeit dieses Satzes, selbst wenn sie ihn nach R. R. als richtig anerkennt, sich sträubt und schwerlich sich bequemen wird zuzugeben, daß selbst einem vom Empfänger der Schuldbescheinigung ausgestellten Revers über noch nicht erfolgte Zahlung, welcher den Sinn hat, daß jene bis zu der durch wirkliche Auszahlung zu bewirkenden Auslösung des Reverses noch keine Kraft haben solle, nach Ablauf der Frist alle Bedeutung abzusprechen sey. Doch verliert auch dieser Satz an praktischer Bedenklichkeit, wenn man ihn mit Bähr und Gneist (S. 92.) strenge nur in der Richtung gelten läßt, daß die Anfechtung der Schuldurkunde aus dem Grunde anticipirter Ausstellung ausgeschlossen sey, nicht auch die Einwendung daß das Darlehensgeschäft nur simulirt sey und nach der wahren Ansicht der Parteien die Urkunde keine verbindliche Kraft haben sollte.

Uebrigens habe ich aber doch gegen die Ausführung des Verfassers im einzelnen noch manche Bedenken, die zum Theil selbst den Kern seiner Entwickelung mehr oder weniger betreffen.

Der Vf. hebt S. 16. fg. als eine Eigenthümlichkeit des obligatorischen Versprechens im allgemeinen die Abhängigkeit desselben von seinem Rechtsgrund hervor, und findet dann S. 20 eine charakteristische Eigenschaft der Stipulation darin, daß in ihr das einfache Versprechen mittelst Abstraction von dessen Rechtsgrund zu einer selbständigen Obligatio erhoben wird. Dieser Satz und Gegensatz kann nur bedingt zugestanden werden. Aller-

Digitized by Google

dings: „bei Eingehung eines Darlehensvertrages verspreche ich die Rückzahlung des Geldes nur in so ferne, als dieses Geld in mein Eigenthum übertragen wird.“ Das liegt in der Natur der Sache; mein Verpflichtungswille geht hier nur darauf, Empfangenes zurückzugeben, und davon kann ohne Empfang nicht die Rede seyn. Es ist auch richtig: „wenn ich einen Kaufvertrag abschließe, so verspreche ich den Kaufpreis nur in so fern, als der andere sich mir zur Leistung der Waare verbindlich macht“ oder doch verbindlich machen will. Auch dieß liegt in dem Inhalt meines Verpflichtungswillens: ich verspreche eben einen Kaufpreis, und dieß setzt ein Verkaufenwollen von der andern Seite voraus; das eine Versprechen steht zu dem anderen in nothwendiger Wechselbeziehung, und kann daher jenes nicht bestehen, wenn der andere nicht verkaufen, sondern nur leihen will. Aber bedenklich ist schon der Satz, daß wenn nicht das eine, auch das andere Versprechen nicht gültig sey. Zwar wird dieß in Ansehung des sogenannten negotium claudicans von vielen behauptet. Bekanntlich aber ist dieß sehr streitig, und daher wenigstens zur Begründung der obigen Thesis von sehr zweifelhafter Brauchbarkeit (vgl. meine Pand. 2 Aufl. §. 234. Anm. 3). Und wenn der Vf. S. 19 weiter sagt, das einfache Versprechen könne in jenen Fällen dann auch nur in Verbindung mit seinem Rechtsgrunde zur processualischen Geltung gebracht werden; um daraus klagen zu können, sey die Darlegung des Contracts erforderlich, dem es angehört, und dafür sich auf die Function der Demonstratio im römischen Formularproceß beruft, so ist dieß jedenfalls unrichtig. Wenn es wahr ist, was die meisten mit Keller annehmen, daß in der formula de certa pecunia und de omni certa re eine Demonstratio nicht vorkam, so standen sich darin die Klage aus dem Darlehen und die Stipulation vollkommen gleich; und ganz unzweifelhaft ist es, daß die Formula der Klage aus einer stipulatio incerta ebensowohl, wie die Klage aus dem Kaufcontract eine Demonstratio enthielt. Darin war also zwischen dem Formalcontract und den sog. materiellen Contracten kein Unterschied. Aber wenn auch bei den obengenannten beiden Contracten die Sache sich so verhält, ist denn damit bewiesen daß dieß die allgemeine Natur des obligatorischen Versprechens sey? Wenn ich einen Auftrag übernehme, so verspreche ich das Geschäft mit Sorgfalt zu verrichten, und verpflichte

Digitized by Google

mich, für den Nachtheil mangelhafter Ausführung einzustehen; wenn ich jemanden auffordere, seinem Schuldner auf meine Gefahr Stundung zu gewähren, so verspreche ich, eventuell statt des letzteren Zahlung zu leisten; wo liegt nun hier außer meinem Verpflichtungswillen die Causa, von welcher jenes wesentlich abhängig ist? Welcher Unterschied besteht in dieser Beziehung zwischen diesen Fällen und dem Falle, wenn ich ganz dasselbe in Form der Stipulation versprochen habe? Ebenso, wenn ich (nach heutigem Recht durch ein sog. pactum de mutuo dando) mir ein Darlehen etwa auf zwei Jahre verzinslich zu 4% versprechen lasse: es entsteht daraus, wie nach R. R. aus der Stipulation gleichen Inhalts, eine Verbindlichkeit, für welche eine andere Causa, als eben der Wille, ein Darlehen zu gewähren, nicht zu erfordern ist, wenn auch keine Gegenverbindlichkeit, das Darlehen nun wirklich zu jenem Zinsfuß anzunehmen, dadurch begründet wird.

Sodann: der Vf. macht selbst darauf aufmerksam, daß auch die Eingehung einer Verbindlichkeit, welche in synallagmatischer Beziehung zu einer Gegenverbindlichkeit ihre nächste Grundlage finde, gleichwohl noch zu einer außer dem Vertragsverhältniß liegenden Causa in Beziehung stehen könne. Ich kann z. B. verkaufen, weil ich glaube, dieß sey mir durch eine letztwillige Verfügung auferlegt oder ich sey durch ein pactum de retrovendendo dazu verpflichtet, oder es kann geschehen um eine Bedingung meiner Erbeinsetzung zu erfüllen; ich kann auch verkaufen ob causam futuram, wofür in meinen Pandekten §. 249 Anm. a. E. ein Beispiel angeführt ist. Auf der andern Seite kann die Stipulation, wie Vf. S. 123 bemerkt, ihre Causa ganz in sich aufnehmen, etwa in Form einer Bedingung (z. B. „si Stichum manumisero, centum dare spondes? spondeo"), oder durch Bezugnahme auf den Inhalt einer schon bestehenden Verpflichtung (z. B. „quod ex testamento Sempronii mihi debes, dare spondes? spondeo); auch bezüglich einer causa futura ist das möglich (z. B. „centum sub ea lege, ut Stichum servum manumittam, dare spondes? spondeo"). Hier braucht man nach einem Bestimmungsgrund des Versprechens außer dem Inhalt des Vertrages nicht zu suchen, obwohl auch in Fällen dieser Art, wie beim Kaufcontract, immer noch eine solche außerhalb des Vertrags liegende Causa vorhanden seyn kann. Es geht aber hieraus hervor, das der bezeichnete Ge-

Digitized by Google

gensatz zwischen der Stipulation und den sog. materiellen Contracten nicht auf einer wesentlichen Verschiedenheit beruht. Bei beiden kann das Motiv des Versprechens außerhalb des Vertrages liegen; bei beiden kann es in diesem vollkommen ausgesprochen vorliegen. Der Unterschied reducirt sich darauf, daß man bei gegenseitigen Verträgen, desgleichen bei Realcontracten, insofern sie eine Verpflichtung zum Zurückgeben erzeugen, überall nicht nöthig hat, für das darin enthaltene Versprechen des einen oder andern Contrahenten einen außer dem Vertrage liegenden Bestimmungsgrund zu suchen oder vorauszusetzen, da die anderseitige Leistung oder Verpflichtung für sich schon genügende Antwort auf die Frage darnach ertheilt, während die Stipulation als ein einseitiger Formalcontract davon ganz abstrahiren kann. Das wesentlich Entscheidende ist aber überall die Richtung und der Inhalt des Verpflichtungswillens, für dessen Erklärung nur das R. R. regelmäßig eine bestimmte Form erfordert, zum sichern Zeichen daß es Wille gewesen sey, sich zwangsrechtlich zu verpflichten und der Klage auf Erfüllung sich zu unterwerfen. Welche Ansicht immerhin man über die naturrechtliche Bedeutung des einseitigen Versprechens haben möge: das ist entschieden, daß der erklärte und angenommene Verpflichtungswille nach R. R. in Form der Stipulation, nach heutigem Recht auch formlos erklärt, an sich Kraft hat, eine klagbare Obligation zu begründen. Daß ihm subjectiv irgend ein Motiv, das zugleich den juristischen Charakter des Rechtsgeschäfts näher bestimmen mag, und zwar wenn kein anderes, die Absicht zu schenken, zum Grunde liegen müsse, versteht sich von selbst; aber zur Substanz des obligatorischen Versprechens im allgemeinen gehört eine bestimmte Causa nicht in anderm Sinne, wie Uebertragung des Eigenthums oder der Zuwendung eines andern Vermögensvortheils; — es kann nur aus gleichen Rücksichten, wie diese, wegen Mangels der zu Grund liegenden Causa einer Anfechtung unterworfen seyn.

Was der Vf. S. 31 fg. über das Verhältniß der Stipulation zu ihrer Causa, über den Gegensatz von stipulatio ob causam und stipulatio debiti, novirende und accessorische Stipulation, sodann S. 59 fg. über den Einfluß der causa auf die Wirksamkeit der Stipulation, insbesondere über die Beweislast bei der Anfechtung eines datum oder promissum wegen Mangels der causa ausführt, ist

Digitized by Google

im Ganzen treffend. Bedenklich jedoch ist der Satz S. 45, 46, daß die stipulatio novandi causa wirksam sey, auch wenn bisher eine Schuld gar nicht bestand. Wurde stipulirt: quae mihi debes z. B. ex emtione venditione, so verstand sichs von selbst, daß, wenn nichts geschuldet, auch nichts stipulirt war. Lautete die Stipulation auf centum, quae mihi ex emtione venditione debes, so hätte man allenfalls sagen können, der letzte Zusatz schade nichts, als falsa demonstratio, wie beim debitum legatum mit bestimmtem Gegenstande; aber es ist sehr gewagt, dort dieselbe Auslegung anzuwenden wie hier. Ausdrücklich wird gesagt, die Novation einer bedingten Schuld sey nur wirksam, wenn die Bedingung erfüllt werde. Es ist unzulässig, dieß durch stillschweigende Uebertragung der Bedingung auf die neue Obligation zu erklären. Man denke sich ein Beispiel: centum, quae mihi ex emtione venditione (sc. sub conditione „*si Titius consul factus fuerit*" facta) debes, dare spondes? Nur, weil hier bei dem dare spondes noch einmal stillschweigend hinzugedacht wird „*si Titius consul factus fuerit*", soll die Erfüllung der Bedingung gefordert werden? Und diese Bedingung stillschweigend übertragen, heißt das nicht anerkennen, daß die Parteien nur über wirklich geschuldete Hundert stipuliren wollten? Aus welchem Grunde wäre man denn berechtigt, das einfache „centum quae mihi debes" anders auszulegen? Dennoch müssen wir zugeben und behaupten, daß eine wirksame Stipulation, sowohl mit als ohne animus novandi, auch ohne Daseyn einer Schuld möglich war; dann nämlich, wenn absichtlich die Bezugnahme auf das Schuldigseyn (der Zusatz: „quae mihi debes") in der Stipulation vermieden wurde; dann lag darin eine sichernde Anerkennung, deren Wirkung von dem wirklichen Daseyn der Schuld nicht abhängig war.

Zu gewichtigern Einwendungen gibt ein anderer Punkt, der gerade den Hauptgegenstand der Abhandlung am nächsten berührt, Anlaß; ich meine die Ausführung (§. 20) über die Natur der der condictio indebiti gegenüberstehenden Anerkennung. Von der Ansicht ausgehend, daß zur Begründung der condictio indebiti entschuldbarer Irrthum vorausgesetzt werde, findet der Vf. in der Zahlung der Schuld eine Anerkennung derselben, welcher der Charakter eines formell bindenden Willensacts zukomme. Es versteht sich von selbst, daß in den Augen derjenigen,

Digitized by Google

welche jenes Erforderniß der condictio indebiti in Abrede stellen, die Deduction des Vf. kraftlos ist. Aber auch wer in jenem Punkte mit dem Vf. den „bedeutendsten Rechtslehrer" beistimmt, möchte doch in dessen Ausführung eine verwundbare Ferse finden. Der Vf. sagt S. 72: der Zahlende werde rechtlich so angesehen, als ob er die Schuld für sich bestehen lassen wolle (Vgl. oben S. 8). Darin liegt eigentlich das Geständniß, daß dem nicht wirklich oder doch nicht wesentlich so ist, daß die Zahlung nicht nothwendig eine Anerkennung der Schuld als gewollte, als verpflichtenden Willensact in sich schließt. Allerdings: ich kann zahlend die Schuld anerkennen wollen, und dieser Wille kann auch, wenn kein Form-Mangel im Wege steht, verpflichtend wirken. Aber ich kann auch bloß in der Meinung oder Voraussetzung einer bestehenden Schuldverbindlichkeit zahlen. Hier ist diese Meinung, als irrthümliche Erkenntniß, nur das Motiv des Willens, der sich in der Leistung bethätigt; die Anerkennung hat an sich keinen andern Charakter als die Anerkennung des Vorhandenseyns der Causa in den Fällen einer datio ob causam (vgl. oben S. 7. a. E.); sie ist so zu sagen nur eine theoretische Anerkennung; gewollt ist nur die Leistung zum Zwecke der Erfüllung der (theoretisch anerkannten) Schuldverbindlichkeit. Ein Anerkennen-Wollen könnte man am ersten in der Zahlung finden, die im Zweifel über die Schuld geschieht; aber auch diese wird in L. 11. Cod. de cond. indeb. noch wohl unterschieden von der Leistung, die mit verpflichtendem Anerkennungswillen, mit Verzichtleistung auf Bestreitung der Schuld, geschieht. Der Verfasser sagt ferner: nur der rechtliche Wille könne einer Entschuldigung mittels Irrthums bedürftig erscheinen, und folgert daraus, daß das eigenthümliche Element, das bei dem datum solvendi causa obwalte, in Unterscheidung von dem datum ob causam, eben ein Willensact seyn müsse, welcher nicht in der beiden gemeinschaftlichen datio an sich, sondern nur in der mit dieser verbundenen Anerkennung der Verbindlichkeit bestehen könne. Aber jener Vordersatz ist falsch. Einer Entschuldigung bedarf unmittelbar nur der Irrthum selbst, die mangelhafte Erkenntniß, wie denn auch der Vf. immer von entschuldbarem Irrthum spricht. Nicht ein Willensact, insbesondere nicht ein auf Anerkennung der Verbindlichkeit gerichteter Willensact ist es, der entschuldigt werden soll; nur der Erkenntniß-Mangel-

Digitized by Google

welcher den Willensact der Leistung veranlaßt hat, soll entschuldigt, und wegen der Entschuldbarkeit des ersten kann der letzte oder vielmehr dessen Erfolg angefochten werden. Irrthum im Willen gibt es eigentlich nicht, und wenn die Anerkennung als Willensact aufgefaßt entschuldigt oder vielmehr angefochten wird „mittelst Irrthums," so kann dieß wieder nur durch Entschuldigung des Irrthums in der jenem zu Grunde liegenden Anerkennung als bloß theoretischer (in dem oben angenommenen Sinn) geschehen, und so kommt man also doch wieder auf diese zurück. Wo irgend eine durch Irrthum veranlaßte Handlung wegen des Irrthums angefochten wird, ist das Verhältniß immer dasselbe. Sollte die Anerkennung der Schuld als Willensact durch condictio indebiti angefochten werden, so müßte man einen entschuldbaren Irrthum voraussetzen, nicht über das Daseyn der anerkannten, d. h. als daseyend gewollten, sondern über das Daseyn irgend einer andern Schuldverbindlichkeit, durch deren irrthümliche Annahme die Anerkennung jener veranlaßt worden. So würde man nach des Vf. Theorie consequent dahin kommen, die condictio indebiti ganz auszuschließen. Denn wenn jede Zahlung eine Anerkennung als Willensact in sich schließt, so kann sie nicht wegen Mangels der Verbindlichkeit angefochten werden, weil die als daseyend gewollte als wirklich daseyende wirken müßte wie z. B. nach L. 11 Cod. cit., wenn Vergleichs halber die Schuld anerkannt ist. Man könnte wohl noch nach dem Motiv dieses Anerkennungswillens fragen; wollte man aber dieses nur in der irrthümlichen Voraussetzung der fraglichen Schuld finden und deßhalb die Anfechtung jenes Willens und somit folgeweise der Zahlung begründet halten, so würde sich die in Mitte liegende Fiction oder Präsumtion des Anerkennungswillens als eine völlig nutzlose und überflüssige Operation darstellen. Auch L. 2 D. de cond. indeb., worauf sich der Vf. beruft, beweist nichts für dessen Theorie; das daselbst erwähnte negotium contractum besteht darin, daß sich der Zahlende die Rückforderung für jeden Fall vorbehält, wenn sich die Nichtexistenz der Schuld später ergeben sollte, also sich gegen jedes Präjudiz aus der Zahlung von vornhinein verwahrt und der Nothwendigkeit der Nachweisung und Entschuldigung eines Irrthums sich überhebt.

Dem Vf. ist demnach nur zuzugeben — nicht, daß in der

Digitized by Google

Zahlung stets eine Anerkennung der Schuld als Willensact liege oder doch als darin liegend angenommen werde, sondern — daß eine solche darin enthalten oder vielmehr damit verbunden seyn könne. Wo dieß der Fall ist, da trifft dasjenige zu, was der Vf. von ihr im Gegensatz der Anerkennung als bloßen Beweismoments sagt. Es kann dieß aber in ähnlicher Weise auch bei einer datio ob causam vorkommen: z. B. wenn jemand etwas conditionis implendae causa gibt, unter Anerkennung, daß ihm wirklich diese Bedingung, über deren Anordnung oder Zulässigkeit oder Auslegung etwa vorher Streit war, vom Testator auferlegt sey.

Ist das Gesagte richtig in Ansehung der datio solvendi causa, so muß es eben so auch in Ansehung der promissio debiti gelten. Auch in dieser kann nicht eine vom Vf. sogenannte ächte Anerkennung als verpflichtender Willensact erkannt werden; ja es zeigt sich hier noch einleuchtender die Unhaltbarkeit jener Theorie. Wäre sie richtig, so müßte man im Falle einer nicht novirenden, sondern bloß accessorischen stipulatio debiti behaupten, daß der Promittent nunmehr nicht bloß aus dieser, sondern zufolge derselben ohneweiters auch aus der ursprünglichen Obligatio (sofern sie klagbar) belangt werden könnte, als welche in verpflichtender Weise anerkannt sey. Nach heutigem Recht, nach welchem ein wirklicher Anerkennungsvertrag als solcher ohne besondere Form auch sofort klagbar wäre, könnte der Stipulant auf Grund jener in der stipulatio debiti enthaltenen ächten Anerkennung auch ohne Widerrede die Erfüllung der ursprünglichen Verbindlichkeit, selbst wenn diese an sich nicht klagbar war, fordern. Wenn also z. B. jemand anstatt der Lieferung einer verkauften Sache ohne Novation eine Summe Geldes versprochen hätte, so könnte der Gegner darauf hin nun auch Erfüllung der Verkaufsverbindlichkeit verlangen, ohne erst das Fundament dieser Klage, den Kaufvertrag, beweisen zu müssen. Das wird aber auch der Verfasser gewiß nicht behaupten wollen. Vielmehr stellt sich das Verhältniß folgendermaßen dar: Wird die Klage aus dem Kaufe angestellt, so muß der Kläger, wie immer, den Kauf beweisen; zu diesem Zweck kann er sich nun darauf berufen, daß der Beklagte die Contractsverbindlichkeit in jener stipulatio debiti selbst anerkannt habe; aber hier ist es dann auch sofort klar, daß er diese Anerkennung eben nur als Beweismoment benütze, nicht anders, als

Digitized by Google

wenn er ein ob causam promissum einklagt, unter Berufung darauf, daß der Promittent das Vorhandenseyn der causa selbst anerkannt habe.

Indessen das ist so richtig als wichtig, daß wie in der datio solvendi causa eine Eigenthumsübertragung, so in der promissio debiti ein verpflichtender Willensact liegt, das Versprechen, das jetzt Versprochene zu leisten, nicht bloß wenn, sondern weil die Schuld bestehe; das Daseyn der letzten steht zu jenem im Verhältniß der Causa, nicht der Bedingung. Und richtig ist auch, daß die Wirksamkeit jenes Willensacts bloß wegen Nicht-Existenz der Schuld nicht anzufechten steht, daß dazu regelmäßig Irrthum des Zahlenden, und zwar, wie wir mit dem Vf. annehmen, entschuldbarer Irrthum vorausgesetzt wird, wofür dieser (vgl. oben S. 8.) recht gute Gründe anführt. Daher wird denn auch die Ausführung des Vf. in ihren Resultaten durch obige Entgegnung nicht wesentlich alterirt. Ungeachtet dieser können wir doch unterschreiben, was der Vf. §. 28 (vgl. oben S. 11.) über die Bedeutung der Stipulation für Sicherung der Obligationsverhältnisse sagt: der Gläubiger gewann dadurch als Grundlage seines Forderungsrechts ein neues Rechtsgeschäft, welches über die Verpflichtung des Promittenten keinen Zweifel ließ, und für dessen Aufrechthaltung schon die subjective Beziehung auf eine vorhandene Schuld so lange genügte, als diese nicht wegen dolus oder entschuldbaren Irrthums anzufechten stand. Auch die Vergleichung mit dem Vermächtniß einer Schuld können wir zulassen (S. 103). Nur gegen die Ansicht, daß die der datio oder promissio solvendi causa zu Grunde liegende Anerkennung der Verbindlichkeit an sich schon den Charakter eines verpflichtenden Willensacts an sich trage, und gegen Consequenzen, die aus dieser Ansicht abgeleitet werden, müssen wir uns erklären. So kann ich namentlich den Satz (S. 77.), daß den Beweis der Nichtschuld bei der condictio indebiti jeder führen müsse, der überhaupt willensfähig ist, ohne Rücksicht darauf, ob seine Persönlichkeit die Existenz der durch Zahlung anerkannten Schuld besonders glaubhaft mache oder nicht, nicht schlechthin unterschreiben, in so fern er eben aus der Natur der Anerkennung als Willensact abgeleitet werden soll. Wenn die der Zahlung zum Grunde liegende Anerkennung (in der Regel) zunächst nur als unrichtiges Erkennen aufzufassen, und

Digitized by Google

die Anfechtbarkeit des dadurch veranlaßten Willensacts der Zahlung nur der Billigkeit wegen unter Voraussetzung entschuldbaren Irrthums anerkannt ist, so ist es nicht so gar unvernünftig, dabei auf die Persönlichkeit des Zahlenden Rücksicht zu nehmen, in so fern diese den Irrthum leichter vermuthen und als entschuldbar erscheinen läßt. Daher ist auch die Zusammenstellung der Pupillen mit andern in Ansehung des Irrthums privilegirten Personen (in L. 23. D. d. probat.) nicht so unsinnig, wie es der Vf. darstellt. Zwar darin stehen diese jenem nicht gleich, daß sie die Zahlung schon als solche, ohne nur einmal die Nichtexistenz der Schuld zu behaupten, anfechten könnten, weil ihnen die zu diesem Act erforderliche Willensfähigkeit nicht, wie jenem, fehlt. Aber auch der Pupill kann ja das Gezahlte eben als indebitum zurückfordern, und das wird praktisch meistens der Fall seyn, wo es sich nicht etwa um eine bloß klaglose Schuld handelt. Dann aber sind ihm jene Personen insofern verwandt, als man auch bei ihnen der irrthümlichen Zahlung einer Nichtschuld eher sich versehen kann und den Irrthum überhaupt, insbesondere den Rechtsirrthum, in solchem Fall leichter entschuldigt finden mag. Ihnen die Rückforderung zu versagen, wenn sich ergibt, daß sie wissentlich gezahlt haben, dazu ist man ungeachtet des Schlußsatzes der L. 25. §. 1. D. l. c. wohl berechtigt; man darf füglich annehmen, daß dieser nur den nächstliegenden und gewöhnlichen Fall im Auge habe, und der wird seyn, daß das Wissen von der Nichtschuld meistens nicht sicher zu erweisen ist, es sey denn durch Eidesantrag, welche der römische Urtheiler in iudicio über diese einzelne Thatfrage zuzulassen billig Bedenken tragen mochte. Der Unterschied wirklich verpflichtender Anerkennung von unserm Fall aber tritt deutlich hervor, wenn man den Fall setzt, daß z. B. eine Frau mit voller Kenntniß der Sachlage aus einem bestimmten andern Grunde, etwa Vergleichshalber, gezahlt habe; darin würde allerdings eine Anerkennung als Willensact liegen, welche die Rückforderung, selbst wenn sie ihren Irrthum über das Daseyn der Verbindlichkeit nachwiese, ohne Zweifel ausschließen würde. Uebrigens wird freilich diese L. 25 mit ihren näheren Bestimmungen immer ein Stein des Anstoßes bleiben, und ist wohl nicht zu läugnen, daß die Hand der Compilatoren in dieselbe hineingepfuscht hat; oder die Beurtheilung ihres Inhalts stellt sich im Ganzen anders,

Digitized by Google

wenn man den Gesichtspunkt, von welchem deren Verfasser offenbar ausgehen, nämlich den der größern oder geringern factischen Wahrscheinlichkeit des Irrthums, auf den sich der Kläger beruft, nicht ohneweiters als ungehörigen bei Seite setzt. Aus dem Cap. IV. (vgl. oben S. 12 — 14.) will ich nur eine Bemerkung hervorheben. S. 117 sagt der Vf.: „Nach R. R. konnte der Vergleich, soweit er sich nicht auf einen Nachlaß beschränkte, durch nuda conventio zu keiner Wirksamkeit gelangen; vielmehr war nur die Erfüllung durch reelle Leistung oder durch Eingehung einer Formalobligation bindend." Es erhellt nicht, was der Vf. unter reeller Leistung sich vorstellt. Richtig ist aber dieser Satz nur, wenn unter der reellen Leistung auch das bloße Aufgeben der Verfolgung eines Rechtsanspruchs (des discedere a lite) mitbegriffen wird. Der Kläger, welcher gegen Zusage einer anderweitigen Leistung von der jetzt intendirten Verfolgung abstand, konnte die Erfüllung jener Leistung allerdings durch praescriptis verbis actio erwirken (L. 6. 33. Cod. de transact. 2. 4). Consequent aber müßte man darnach auch dann eine Klage geben, wenn der Beklagte eben dasjenige, was der Kläger für sich in Anspruch nahm, später zu leisten sich anheischig machte gegen die Bewilligung eines Aufschubs der Forderung und deren gerichtlichen Geltendmachung. Darin liegt eine verpflichtende Anerkennung der Forderung: „wenn du mich nur jetzt in Ruhe läßest, so verspreche ich künftig die Forderung ohne Bestreitung gelten zu lassen."

Von größerer Bedeutung für den Hauptgegenstand des Buches sind Cap. V. und VI., vom Uebergang der Stipulation in die Schuldurkunde und von der Anfechtung der Schuldurkunde. Auch dieser Ausführung ist das Lob scharfsinniger praktisch-historischer Ausführung nicht zu versagen. Gleichwohl habe ich gegen deren Resultate einiges einzuwenden. Nicht zu läugnen ist, daß in der Ausstellung einer Vertragsurkunde sich der Verpflichtungswille selbst bethätigen kann. Wird ein Kaufbrief von beiden Theilen unterzeichnet, so liegt eben darin der Vertragsabschluß, wenn nicht schon vorher der Kaufvertrag bindend abgeschlossen war; wird ein Versprechen schriftlich gegeben, das der andre annimmt, so ist eben damit die Verbindlichkeit contrahirt, wofern nicht das Recht noch sonst eine Form erfordert. Die Urkunde ist zwar,

Digitized by Google

genau gesprochen, nicht der Vertrag selbst; aber die Ausfertigung, beziehungsweise Zustellung derselben ist das Mittel der Willenserklärung, die Erscheinungsweise des Verpflichtungswillens, wie beim mündlichen Vertrage die gesprochenen Worte. Sie ist und bleibt jedoch zugleich das nächste und sicherste Beweismittel für das Daseyn des Verpflichtungswillens, während das flüchtige Wort als etwas Geschehenes, das keine vernehmbare Spur des Geschehenseyns zurückläßt, erst durch andre Beweismittel hergestellt werden muß. Wenn nun aber die Schuldurkunde als wesentliche Voraussetzung des Verpflichtungswillens etwas Geschehenes, das sich als solches ebenfalls der bleibenden Wahrnehmung entzieht, in Bezug nimmt, so stellt sie sich in dieser Beziehung lediglich als ein Beweismittel dar, und nimmt somit auch bezüglich der Existenz des durch jenes bedingten Verpflichtungswillens schlechthin den Charakter eines Beweismittels an. So verhält es sich beim Darlehens-Schuldschein. Wer solchen ausstellt, hat nicht den Willen, und kann nicht so angesehen werden, als habe er den Willen, sich schlechthin durch die Urkunde, abgesehen von dem Darlehensempfang, zu verpflichten. Er verspricht im Schuldschein (explicite oder implicite) nur das Zurückgeben, das durch ein vorgängiges Empfangen bedingt ist; für diesen Empfang aber und somit für die wirkliche Entstehung der Darlehensverbindlichkeit ist der Schuldschein nichts andres als ein Beweismittel. Es wäre gegen die Natur der Sache, wenn man sagen wollte: durch die Ausstellung des Schuldscheins werde der Aussteller (abstract oder formal) verpflichtet, die (ob auch nicht empfangene) Darlehenssumme zurückzuzahlen; weil aber die Verpflichtung nur ob causam, d. i. des Darlehens wegen, eingegangen, so könne sie wegen Mangels dieser Causa angefochten werden. Vielmehr, wenn gegen den Inhalt der Schuldurkunde die Nichtzahlung des Darlehens behauptet und bewiesen wird, so ist dieß nichts als Gegenbeweis: nicht anders, als wenn die Schuldurkunde eine aus welchem Grunde immer geschehene Stipulation bezeugt, dagegen aber der im Justinianischen Recht zwar sehr erschwerte, aber doch immer noch mögliche Beweis geführt wird, daß die Stipulation nicht wirklich stattgefunden habe.

Der Vf. verräth selbst ein gewisses Mißtrauen in die Richtigkeit seiner Theorie. Er läßt es (S. 139.) dahin gestellt seyn,

Digitized by Google

ob die Anfechtung der Urkunde wegen Nichtzahlung mittels der condictio indebiti oder der condictio ob causam zu geschehen habe, und überläßt es jedem, „ob er von einem wirklichen oder von einem Quasi- oder Pseudo-Litteralcontract des neuern Rechts reden will." (Oben S. 17). Ein Pseudo-Litteralcontract aber ist eben kein Litteralcontract; wer in der Urkunde einen wirklichen an sich verpflichtenden Vertragswillen erkennt, der kann die Möglichkeit der Wahl zwischen beiden sich widerstreitenden Begriffen und Benennungen nicht zugeben. Und da die Urkunde das Darlehen als empfangen, die Darlehensverbindlichkeit als schon entstanden bescheinigt, so könnte, wenn eben in dieser Bescheinigung der Verpflichtungswille, in der Nichtexistenz des Darlehens aber bloß der Grund der Anfechtung gefunden wird, kein Zweifel darüber seyn, daß diese nur durch condictio indebiti zu geschehen habe. Eine andere condictio (sine causa oder causa data causa non secuta) könnte nur etwa Platz greifen, wenn z. B. eine bisher streitige Darlehensverbindlichkeit ob causam futuram oder implendæ conditionis causa als wirklich begründet anerkannt, und in dieser Absicht darüber ein neuer Schuldschein ausgestellt worden wäre; alsdann aber könnte der hierin enthaltene Verpflichtungsact überall nicht wegen angeblicher Nichtexistenz der Darlehensverbindlichkeit, sondern nur wegen Mangels oder Nichteintritts der causa, ob welcher die Anerkennung gewährt worden, angefochten werden.

Diesemnach kann ich denn die Justinianische Erfindung eines Litteralcontracts nicht mit dem Vf. als einen glücklichen Griff anerkennen. Ist durch Ablauf von zwei Jahren der Gegenbeweis gegen die Empfangs-Schuldurkunde schlechthin ausgeschlossen, so mag man von zwei Dingen eins wählen. Entweder man betrachtet die Urkunde noch wesentlich als (durch die Ausschließung des Gegenbeweises unumstößlich gewordenes) Beweismittel; dann hat man eine juristisch als erwiesen geltende obligatio re contracta. Oder man sieht nunmehr die mit jener Kraft begabte Urkunde selbst als die Quelle oder den Entstehungsgrund der nunmehr auch ohne wirklich geschehene Zahlung bestehenden Verbindlichkeit an; alsdann kann man diese allenfalls eine obligatio ex litteris oder litterarum obligatio nennen; aber sie ist dann keine obligatio ex contractu, weil sie sich nicht auf Verpflichtungswillen gründet. Die Darstellung der Institutionen entspricht mehr dieser letzten

Digitized by Google

Auffassung. „De pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. — Sic fit, sagen sie, ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur." Durch die Schrift, d. i. durch das Daseyn des schriftlichen Schuldbekenntnisses, wird der Aussteller obligirt, und zwar erst jetzt, nachdem die Geltendmachung des Einwandes nicht erfolgter Zahlung durch den Ablauf der Zeit ausgeschlossen ist („dum queri non potest"), also nicht durch einen in dem Schuldbekenntniß liegenden formell verpflichtenden Willensact, dessen verpflichtende Kraft ja nicht erst von jetzt an datirt werden könnte. Dem Laien mag diese Auffassung als dem materiellen Sachverhalt, wenn wirklich nicht gezahlt war, entsprechend zusagen; als richtige juristische Construction des Verhältnisses kann sie nicht gelten: so wenig als es richtig wäre, die Aussage von zwei Zeugen für den Entstehungsgrund einer Verbindlichkeit zu erklären, wenn unglücklicher Weise dem Beklagten die Gegenbeweismittel, durch welche er jene als falsch zu erweisen vermochte, benommen sind, und so wenig, als es richtig wäre, wenn man nach Justinianischem Recht nicht mehr eine verborum, sondern eine literarum obligatio hätte anerkennen wollen, wo die urkundlich bescheinigte Stipulatio (unter den am selben Orte anwesenden Parteien) wirklich nicht stattgefunden hatte. Will man jene zwei Jahre nach Ausstellung des Schuldscheins entstehende sog. obligatio ex litteris auf den Willen des Ausstellers als seine Quelle zurückführen, so kann dieß nur so geschehen, daß man sagt: Wer vor Empfang des Darlehns einen Darlehnsbrief ausfertigt, verpflichtet sich dadurch für den Fall, daß er nicht innerhalb der zwei Jahre die querela non numeratae pecuniae anbringt, das Darlehn ohne Widerrede als empfangen anzuerkennen und als solches zurückzuzahlen, wenn gleich er es wirklich nicht empfangen hat. Das ist aber ersichtlich nicht der Gedanke Justinians, noch die Meinung unseres Verfassers, der die Ausstellung des Schuldscheins der Stipulation gleichgestellt, und daraus ‚gleichwie aus dieser, sofort eine formelle Obligatio hervorgehen läßt, die nur durch eine exceptio im eigentlichen Sinn unwirksam gemacht werde. War mit der Ausstellung der Schuldurkunde zugleich eine Stipulation der Rückzahlung verbunden oder nach Inhalt der Urkunde als erwiesen anzunehmen, so zeigte sich nach wie vor der Exceptionsfrist dieser Formalcontract wirksam. Durch den

Digitized by Google

selben war die Klage ipso jure begründet; es war nur die Frage, ob die exceptio n. n. p. dagegen statthaft sey oder nicht, und als exceptio im eigentlichen Sinn konnte nur in diesem Falle der Einwand vorkommen. In diesem Falle sprechen daher die Institutionen nicht von einer obligatio ex scriptura, wie durch die Worte „cessante scilicet verborum obligatione" angedeutet wird; nur für den Fall, wenn die Stipulation zwar bezeugt, aber nicht wirklich geschehen war, könnte man etwa nach der Paraphrase des Theophilus ebenfalls eine litterarum obligatio in jenem Sinne statuiren, obwohl ich glaube, daß Theophilus bei den Worten „ὂν παρόντος τοῦ δανείσαντος" an ein Alibi im Sinne der Justinianischen L. 14. Cod. de contract. stip. gedacht hat. Jedoch, wenn die Stipulation den Worten nach ausdrücklich auf ein Zurückgeben des als empfangen bescheinigten Geldes lautete, müßte eigentlich gesagt werden, im Falle der Nichtzahlung sey auch die verborum obligatio ipso jure nicht begründet. Denn ein Zurückgeben ist nicht möglich ohne vorhergegangenen Empfang; hier war also, um mit unserm Vf. (S. 24) zu reden, die causa stipulationis in der Stipulation selbst aufgenommen, und die Zahlung des Darlehns nicht bloß Voraussetzung (causa), sondern Bedingung der verborum obligatio. Man muß annehmen, was auch wegen der Anlehnung an die übliche Intentio der condictio certi im Formularproceß wahrscheinlich ist, daß dergleichen Stipulationen und Stipulationsurkunden regelmäßig schlechthin auf Dare der bestimmten Summe gerichtet wurden; denn von einer eigentlichen exceptio n. n. p. hätte nicht die Rede seyn können, wenn z. B. stipulirt war: „Centum, quos tibi mutuos dedi, reddere mihi spondes?" In diesem Fall würde sich die Sache wesentlich nicht anders gestellt haben, als beim einfachen Schuldschein, und consequent hätte man dann auch nach Ausschließung des Einwandes nichterfolgter Zahlung hier ebensowohl wie beim einfachen Schuldschein bloß eine litterarum obligatio annehmen müssen, wenn man nicht das Beweismoment in dem Empfangsbekenntniß als das entscheidende festgehalten hätte. Bei der Abschwächung aber, welche das formelle Wesen der Stipulation erfuhr, war es eigentlich natürlich, in jedem Fall dieser Art ohne Rücksicht auf die Ausdrucksweise das bezeugte Stipulationsversprechen als durch wirklich erfolgte Zahlung bedingt aufzufassen. Hatte doch in der That der Promittent und Ausstel-

Digitized by Google

ler der betreffenden Urkunde nur den Willen, unter dieser Bedingung sich zu verpflichten, und durfte sich ungeachtet der in hergebrachter Form ausgestellten schriftlichen Cautio vorerst noch als gar nicht verpflichtet betrachten. Die Unterscheidung zwischen der per exceptionem n. n p. unwirksamen verborum obligatio in der einen Ausdrucksweise, und der wegen mangelnder Zahlung noch gar nicht zur Entstehung gekommenen obligatio re contracta oder verborum obligatio in anderer Ausdrucksweise konnte dem Rechtsbewußtseyn jener Zeit nicht geläufig bleiben. Es war auch anderseits ganz erklärlich, daß man keinen Anstand nahm, den Einwand nicht erfolgter Zahlung auch in den Fällen der letzten Art als exceptio non numeratae pecuniae zu bezeichnen, zumal da in den ohne Zweifel häufigsten Fällen diese Bezeichnung als die im strengen Sinn richtige hergebracht, zudem aber selbst im Sprachgebrauche der classischen Juristen eine weitere Bedeutung von excipere und exceptio (namentlich auch als Einwand gegen Beweismittel) nicht unerhört war. Praktisch erschien so die exceptio n. n. p. in allen jenen Fällen gleichmäßig als eine Einwendung gegen die Wahrheit der Empfangsbescheinigung, gegen die Beweiskraft der Schuldurkunde. Eine Annäherung der einfachen Schuldscheine (chirographa) und der namentlich zu einem Darlehnsgeschäft in unmittelbarer Beziehung stehenden Stipulationsurkunden hat hiernach allerdings stattgefunden; aber, genau besehen, von der entgegengesetzten Seite her, als von welcher der Vf. dieses annimmt. Nicht ist das Chirographum zu einem Formalcontract ausgebildet worden; bei jener Darlehns-Stipulationsurkunde hat vielmehr das materielle Element überwiegend Geltung gewonnen.

Uebrigens ist die im Anhang des Buches entwickelte Meinung des Vf. über die Bedeutung der exceptio n. n. p. und der ihr gesetzten Frist ihrem wesentlichen Resultat nach nicht abhängig von der Richtigkeit seiner Ansicht über die formelle Verpflichtungskraft der Urkunde. Jene geht nur darauf hinaus, daß die Urkunde auch während der Frist nicht der Beweiskraft gänzlich ermangele, nach Ablauf der Frist aber die exceptio völlig ausgeschlossen sey. Dieß kann bestehen, auch wenn man die Exceptio nicht als eigentliche Einrede gegen die Verpflichtungskraft der Urkunde, sondern als Beweiseinrede gegen das Empfangsbekenntniß auffaßt. Wäre sie das erste, so sollte man consequent erwarten,

Digitized by Google

daß auch gegen die bloß mündliche Darlehns-Stipulation die exceptio n. n. p. auf dieselbe Frist beschränkt sey, da die formelle Verpflichtungskraft der mündlichen Stipulation an sich nicht geringer ist, als die der urkundlich bezeugten oder gar des formlosen in der Urkunde enthaltenen Versprechens. Und doch hat jenes meines Wissens niemand behaupten mögen. Dadurch wird noch mehr bestätigt, daß es wesentlich das beweisende Moment des schriftlichen Schuldbekenntnisses ist, was durch die Fristbeschränkung der Einrede gekräftigt werden soll.

Ich gehe zum zweiten Haupttheil des Buches, der das heutige Recht betrifft, über. In dem einleitenden Cap. VII., über die Natur der heutigen Verträge, hebt der Vf. mit Recht als das wesentlich entscheidende Moment im obligatorischen Vertrage den (acceptirten) Willen, sich zu verpflichten, hervor. Die Kraft, eine Obligatio zu erzeugen, hat wie nach R. R. der in Stipulationsform, so nach heutigem der formlos erklärte Wille. Ich unterschreibe den Satz (S. 155): „dem von Formen entfesselten Willen kann keine geringere Kraft beiwohnen, als dem an Formen gebundenen," und finde ganz treffend die Bemerkung (Das. Anm. 1): „für die Wirksamkeit der Formalcontracte war die positive Form nicht die causa efficiens, sondern nur die conditio sine qua non; diese letztere ist hinweggefallen, der Wille als causa efficiens ist geblieben." Daraus folgt nicht, daß die römischen Consensualcontracte als solche im heutigen Recht verschwunden oder in zwei beziehungslose einseitige Versprechen aufgelöst sind, wie bei zwei Stipulationen nach R. R.; ebensowenig, daß die Realcontracte, insofern sie eine Obligatio auf Rückgeben durch vorgängiges Geben erzeugen, ihr materielles Wesen verändert haben. Diese Beziehung des einen oder andern Versprechens zu dem Gegenversprechen oder der Vorleistung liegt hier eben, wie oben schon bemerkt wurde, in dem wesentlichen Inhalt des Vertragswillens, nicht bloß des vermuthlichen, wie der Vf. S. 155 sagt, sondern des wirklichen Vertragswillens. Nach heutigem Recht tritt auch dasselbe ein bei andern gegenseitigen Verträgen, die nach R. R. unter die Kategorie der unbenannten Contracte fielen, weil nun diese sofort durch die formlose Willenseinigung als gegenseitig klagbare Verträge abgeschlossen sind, wie nach R. R. der Kauf- oder Miethvertrag, nicht, wie nach R. R., um so-

Digitized by Google

fort beiderseitige Klagbarkeit zu erzielen, eine Zerlegung in zwei formell geschiedene einseitige Obligationen erforderlich ist. Eine strenge Gränzlinie zwischen Real- und Consensualcontracten läßt sich aber nach heutigem Recht nicht ziehen, insofern auch bei römischen Consensualcontracten (namentlich dem Miethvertrage) eine Verbindlichkeit des Rückgebens zur Sprache kommen kann, die dann ebenfalls eine vorgängige Hingabe nothwendig voraussetzt. Will man nun jene Verträge, weil sie in sich schon durch die Beziehung auf das Gegenversprechen oder die Vorleistung einen genügenden Bestimmungsgrund für das darin enthaltene Versprechen des einen oder andern Contrahenten enthalten, mit dem Vf. materielle Verträge nennen, so ist es freilich entschieden unrichtig, heutzutage alle obligatorischen Verträge für materielle zu erklären. Unrichtig ist es aber auch, wie der Vf. nach S. 153 zu thun scheint, alsdann das Schenkungsversprechen zu den materiellen Verträgen zu stellen. Bei diesem liegt in dem Versprechen an sich die causa promittendi, der animus donandi, eben so wenig ausgesprochen, als in jedem aus irgend einem andern Grunde gegebenen einseitigen Versprechen, wie das nach älterem R. R., nach welchem ein solches Versprechen nur in Stipulationsform gegeben werden konnte, handgreiflich war, und dadurch, daß Justinian dasselbe von der Form der Stipulation entband, nach heutigem Recht aber überall das einseitige Versprechen dieser Form nicht mehr bedarf, nicht anders geworden ist. Mir will es daher scheinen, als ob überhaupt die Unterscheidung der materiellen und negativ-formellen Verträge im Sinne des Vf. nicht den Werth habe, den er ihr beilegt, und als ob er einfacher und sicher zum Ziele gekommen wäre, wenn er nur consequent den Satz, daß der Verpflichtungswille die einzige wahre Quelle der vertragsmäßigen Obligatio sey, festgehalten hätte, indem er zugleich übereinstimmend mit Savigny (Obl.-Recht II, S. 249 fg.) von der falschen Theorie der causa obligandi sich lossagt.

Das ist richtig, wie schon oben bemerkt wurde und auch der Vf. mehrmals hervorhebt: irgendein Bestimmungsgrund, eine Willensrichtung, wenigstens alternativ diese oder jene, muß der Eingehung des obligatorischen Versprechens, wie der Eigenthumsübertragung, dem Schuldverlaß, u. s. w. zum Grunde liegen; ohnedieß ist ein ernstlicher Wille der Verpflichtung nicht denkbar; man müßte im Schlafe oder im Scherze handeln. Ist bei ernstlichem

Digitized by Google

Willen eine andere Absicht nicht ausgesprochen oder erkennbar, so muß die Absicht, eine Liberalität zu üben, angenommen werden (animus donandi), obwohl es unrichtig ist, außer diesem nur einen animus solvendi oder credendi als möglich zu statuiren (Windscheid v. d. Voraussetzung S. 89. fg.). Aber der wirkliche Wille genügt an sich, die Verpflichtung zu erzeugen, und es fragt sich dann nur, ob ein objectiver Mangel der Causa von solcher Beschaffenheit vorliegt, daß deßhalb das Versprechen (durch condictio oder exceptio) angefochten werden könne. Wo dieß der Fall ist, kann man nun freilich sagen, sey eine wirkliche Obligatio nicht vorhanden, indem die durch exceptio doli unwirksame eben keine wahre Obligatio (quasi nulla obligatio), der formelle Unterschied aber zwischen der obligatio ipso jure nulla und per exceptionem inefficax in unserm Rechte, bei dem Mangel des stricti juris negotium, verwischt sey. Es trifft hier zu, was der Vf. S. 158 bemerkt, daß bei uns das materielle Princip den Ausgangspunkt bildet. In der praktischen Behandlung reducirt es sich am Ende auf die Frage, ob jener Mangel, also die Unwirksamkeit der Obligatio, zu erweisen sey und wer denselben zu erweisen habe, und in dieser Beziehung kommen dann die vom Vf. S. 63 fg. entwickelten Grundsätze in Betracht. Von diesem Standpunkt aus ist dann auch der Art. 1108. des Code Nap. aufzufassen: „L'obligation sans cause ou sous une fausse cause est nulle," indem dabei zu beachten ist: einmal, daß nach dem Code Nap. die condictio indebiti nicht durch entschuldbaren Irrthum bedingt ist, sodann und vorzüglich, daß das Schenkungsversprechen keine Gültigkeit hat, wenn nicht ein notarieller Schenkungsact vorliegt. Auch nach R. R. würde das Versprechen, für welches kein andrer Bestimmungsgrund, als der animus donandi zu finden ist, ohne Insinuation nichtig seyn, soweit es das gesetzliche Maß überschreitet; nach französischem Recht ist es ohne notariellen Act in allen Fällen ungültig (L'obligation sans cause, wo nicht gültige Schenkung, est nulle); und wo ein solcher vorliegt, da fällt jede Frage nach der Causa weg, weil er das Rechtsgeschäft ausdrücklich als Schenkung bezeichnen muß. Ist dagegen (subjectiv) aus irgend einem andern Grunde, der dem Rechtsgeschäft den Charakter der Schenkung benimmt, versprochen worden, dieser Grund aber ist (objectiv) falsch, so ist die Obligatio wegen dieses Mangels wir-

Digitized by Google

kungslos (L'obligation sous une fausse cause est nulle). Nimmt man indessen den Art. 1132 hinzu („La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée"), und versteht diesen in dem Sinne, daß die sog. cautio indiscreta zur Begründung der Klage genüge, so stellt sich die Sache ins rechte Geleise. In diesem Sinne sagt der Vf. S. 158. Anm. 1 richtig, der Satz des Art. 1108 werde durch den Art. 1132 neutralisirt: Das erwiesene Versprechen gilt so lange als verpflichtend, bis dagegen bewiesen wird, daß es sans cause ou sous une fausse cause gegeben sey. Auch ich lege dem Art. 1132 diese Bedeutung bei. So stellt sich das Resultat befriedigender dar, als nach gemeinem Recht, wenn man zwar das Versprechen als ipso jure gültig ansehen kann, aber der sog. cautio indiscreta nach L. 25. §. 4 D. de probat. die Beweiskraft absprechen muß. Aber freilich ist die Auslegung jenes Art. 1132 in der französischen Jurisprudenz bestritten.

Mit Recht bemerkt der Verfasser S. 156., daß man dem formlosen einfachen Versprechen, da wo es seinen Rechtsgrund aus Verhältnissen zu dritten Personen hernimmt, bei Delegation, Expromission, die Wirkung der Stipulation beizulegen kein Bedenken trage, und deutet darauf hin, daß demnach auch der Novation bezüglich eines unter den Contrahenten selbst bestehenden Schuldverhältnisses, selbst wenn sie das Object desselben nicht verändere, noch eine Bedeutung im heutigen Rechte zukommen müsse, wie nicht minder der sog. novatio cumulativa oder der accessorischen Stipulation. Dieß führt uns nun unmittelbar zu der Theorie des Anerkennungsvertrags im Allgemeinen (Cap. VIII.) und seiner einzelnen Arten (Cap. XI. u. fg.), die den Hauptkern der Schrift ausmacht.

Hat nach heutigem Recht der formlos erklärte Wille überhaupt die Kraft, wie die römische Stipulation, eine Obligatio zu erzeugen, so ist auch die Möglichkeit verpflichtender Anerkennung einer bestehenden Schuldverbindlichkeit nicht zu bestreiten. Eine solche läßt sich in doppelter Weise construiren, so daß die Anerkennung den Bestimmungsgrund, oder auch so, daß sie den Gegenstand des neuen Versprechens enthält. Wenn A dem B 100 ℔ verspricht, weil oder indem er sie demselben schuldig zu seyn bekennt, so hat er, bestimmt durch die Anerkennung der Schuld,

Digitized by Google

den Willen, sich zu 100 Thlr. zu verpflichten, unzweifelhaft erklärt. Warum dieser Wille nicht wirklich verpflichtende Kraft haben sollte, eben so wohl, als wenn er versprochen hätte, weil er schenken will oder weil ihm ein Erblasser solches Versprechen als Bedingung eines Vermächtnisses auferlegt habe, ist nicht einzusehen. Nach einer Causa des Versprechens ist weiter nicht zu fragen. Er verspricht, weil er über die Schuld keinen Streit haben will, weil er der Gegenpartei, die sonst vielleicht sofort zur Klage schreiten würde, Sicherheit geben will, daß ihr die Existenz der Forderung ferner nicht bestritten werde. Es ist wohl möglich, daß er noch durch andere entferntere Gründe bestimmt worden ist, so wie es auch bei Eingehung eines Kaufcontracts der Fall seyn könnte; aber die Gültigkeit des Versprechens ist an sich nicht dadurch bedingt, noch seine Wirksamkeit davon abhängig, so wenig als wenn für die Eingehung des Kaufcontracts kein anderer Bestimmungsgrund vorläge, als weil er eben gegen Versprechen eines Preises sich zur Ueberlieferung der Sache hat verpflichten wollen. Allerdings kann er nach Umständen die Wirksamkeit des Versprechens anfechten, wegen eines Mangels in der Causa, aber auch dieses wesentlich nur in gleicher Weise, wie es beim Kaufcontract möglich wäre. Hat er dasselbe z. B. geleistet, unter der Verabredung, daß dafür von der andern Seite etwas geschehe, z. B. ein Beitrag zur Errichtung eines öffentlichen Denkmals gegeben werde, so kann er causa non secuta die Zahlung verweigern, das Gezahlte zurückfordern; er hat zu diesem Zwecke zu beweisen, daß er wirklich unter jener Verabredung versprochen habe, worauf denn dem Gegner nur noch frei steht zu beweisen, daß causa secuta sey. Hat er versprochen, weil er schenken wollte, wissend daß er nichts schuldig sey, so kann er die Erfüllung nicht verweigern, es sey denn daß das Geschäft als Schenkungsgeschäft an einem Mangel leidet, z. B. rücksichtlich der Form, oder einem Verbot widerstreitet, z. B. als Schenkung unter Ehegatten, die deßhalb nicht weniger ungültig ist, weil sie sich unter der Anerkennung einer bereits bestehenden Schuldverbindlichkeit versteckt. Hat er aber in der Meinung, wirklich schuldig zu seyn, versprochen, so fragt sich vorerst noch, ob dieß dergestalt der einzige Bestimmungsgrund gewesen sey, daß er nur unter Voraussetzung der Wahrheit dieser Annahme sich verpflichten

Digitized by Google

wollte, ob nicht, selbst in Erwägung der Möglichkeit eines Irrthums in dieser Beziehung, sein Wille war sich zu verpflichten, gleichwie wenn die Schuldforderung begründet wäre, auch auf den Fall daß sie es nicht sey. Im letzten Fall könnte er das Versprechen bloß wegen irrthümlicher Voraussetzung seiner Schuldverbindlichkeit überall nicht anfechten: so z. B. wenn er mit Rücksicht auf eine Gegenleistung oder Vergleichshalber das anerkennende Versprechen gegeben hätte, aber consequent eben so auch dann, wenn er, obwohl nicht überzeugt von der Existenz der Schuldverbindlichkeit oder daran zweifelnd, doch mit dem erklärten Willen, den Gegner der Bestreitung zu entheben, dieselbe anerkannt hat. Im ersten Fall dagegen würden schlechthin die Regeln der Condictio indebiti zur Anwendung kommen, also vom Versprechenden entschuldbarer Irrthum als Grund des Versprechens zu erweisen seyn. Jedoch ist auch hier noch zu unterscheiden. Es ist möglich, daß die Anfechtung wegen irrthümlicher Voraussetzung der Schuld zwar nicht ganz, aber doch in gewissem Maße ausgeschlossen ist. Man setze den Fall: Es wird mir eine Vertragsurkunde meines Erblassers vorgelegt, deren Aechtheit mir unzweifelhaft erscheint, aber es ist Streit über deren Auslegung; um den Streit zu vermeiden, erkenne ich die gegnerische wirklich unrichtige Auslegung an und leiste in diesem Sinn ein neues Versprechen; alsdann ist mir die Bestreitung dieser Auslegung benommen, obwohl ich zu beweisen erbötig bin, das Versprochene nicht schuldig gewesen zu seyn, aber es steht mir noch frei, hinterher die Aechtheit jener Vertragsurkunde und aus diesem Grunde das jetzt Versprochene als indebite promissum anzufechten.

In dem einfachen Fall eines Versprechens unter Bezugnahme auf eine irrthümlich vorausgesetzte Schuld kann man nun im eigentlichen Sinn von einem Anerkennungsvertrage nicht wohl reden. Es trifft hier dasjenige zu, was oben (S. 325) über die ächte Anerkennung des Verf. bemerkt worden ist. Die Anerkennung ist schlechthin nur bestimmend den Willen der Verpflichtung als Voraussetzung; es ist in derselben kein verpflichtendes Willenselement enthalten. Anders ist es schon in den übrigen Fällen. Zwar tritt auch hier noch die Anerkennung zunächst als Grund des neuen Versprechens auf: weil ich anerkenne, verspreche ich; dieses Versprechen ist zunächst auch nur ein anerkennendes Ver-

Digitized by Google

sprechen, nicht ein Anerkennungsvertrag. Aber hier liegt doch in der Anerkennung in der That schon ein Willenselement, das verpflichtend zu wirken vermag: ich *will* anerkennen, darum verspreche ich; ich habe den Willen, die Schuld als eine wirklich bestehende gelten zu lassen, selbst für den Fall daß ich ihren Nichtbestand zu erweisen vermöchte, und weil ich diesen Willen habe, verspreche ich; folglich kann ich das Versprechen nicht bloß deßhalb, weil die Schuld dennoch nicht bestehe oder ich mich darin geirrt habe, anfechten. Dieß tritt denn ganz nahe an den Fall heran, wenn ich geradezu oder schlechthin die Schuld anzuerkennen mich verpflichte, wenn die Anerkennung der Gegenstand des Versprechens ist: was man im strengen Sinn allein Anerkennungsvertrag nennen könnte. Ohne Zweifel war ein solches Versprechen nach R. R. in Form der Stipulation zulässig und vollkommen wirksam: „Versprichst du mir die von mir behauptete Verbindlichkeit deines Erblassers als Erbe ohne Widerrede anzuerkennen und demgemäß zu erfüllen? Ich verspreche es.“ Unbedenklich ist nach heutigem Recht ein formloser Vertrag gleichen Inhalts klagbar. Der hierin zu Tage tretende verpflichtende Wille ist nun auch in jenen andern Fällen enthalten, und wenn das Versprechen nur auf dieselbe Leistung, welche den Inhalt der früheren Schuldverbindlichkeit ausmacht, gerichtet ist, stehen sie in der That materiell diesen vollkommen gleich. Ein Unterschied zwar ergibt sich wenn das neue Versprechen auf etwas anderes geht. Dort ist nur eine Klage auf den Gegenstand dieses letzten begründet; die Anerkennung als bloßer Bestimmungsgrund desselben steht in dem Verhältniß, daß ich nur zur Leistung des jetzt Versprochenen verpflichtet seyn will. Dieser Unterschied würde sich erheblich zeigen, wenn ich nach geschlossenem Anerkennungsvertrage im engsten Sinne hinterher ohne animus novandi etwas anderes als den Gegenstand der anerkannten Schuld verspräche. Alsdann bestünden beide Verbindlichkeiten cumulativ neben einander, während dort auf Grund der Anerkennung nur das wegen der anerkannten Schuld versprochene Andere gefordert werden könnte. Aber dieser Unterschied ist von geringer praktischer Bedeutung, weil bei einem neuen Versprechen mit verändertem Inhalt in der Regel gewiß der animus novandi vorhanden seyn wird, dann aber in beiden Fällen das Ergebniß dasselbe ist: Ich kann belangt werden, auf

Digitized by Google

Grund der Anerkennung, das Versprechen zu erfüllen, ohne mich noch darauf berufen zu können, daß ich irrthümlicherweise eine Schuldverbindlichkeit angenommen habe.

Jedoch, wenn sich in dem obenerwähnten Beispiel herausstellt, daß ich mich irrthümlich für den Erben gehalten habe: kann ich nicht wegen dieses Irrthums das Versprechen anfechten? Ohne Zweifel: ja, eben so wohl, als wenn ich z. B. dasselbe Versprechen ob causam futuram gegeben hätte, und diese nicht erfolgt; oder als wenn ich sonst einen Vergleich geschlossen hätte, unter irrthümlicher Voraussetzung meiner Erbeneigenschaft. Der obige Satz erleidet also noch eine Beschränkung, insofern die Anfechtung wegen Irrthum über einen Umstand, welcher bei jenem Vertrag als gewiß vorausgesetzt wurde, und auf den sich jener Anerkennungswille gar nicht bezogen hat, nicht ausgeschlossen ist, so wie ein Vergleich zwar nicht wegen bloßen Irrthums über die Existenz des vergleichsweise anerkannten Anspruchs, wohl aber unter Umständen wegen Irrthums über einen bei Eingehung des Vergleichs als unstreitig vorausgesetzten Umstand angefochten werden kann.

Einen Anerkennungsvertrag müssen wir also allerdings anerkennen, wo der entsprechende Wille sich zu verpflichten vorliegt. Ja, wir gehen in dieser Beziehung weiter als der Vf. S. 165., indem wir behaupten, daß auch in Betreff der Causa ein solcher verpflichtender Wille möglich sey. So kann auch bei der Eingehung einer Bürgschaft eine gleich wirksame Anerkennung der Existenz der Hauptschuld stattfinden. Wer z. B., um einen Gläubiger von der sofortigen Verfolgung seiner Forderung abzuhalten, erklärt, daß er als Bürge eintrete, und zugleich, daß er die Hauptschuld als unstreitige hiemit anerkennen wolle, wird sich bloß wegen Irrthums in dieser Beziehung der Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit nicht entziehen können, selbst wenn der Hauptschuldner noch in der Lage wäre, die Nichtexistenz der Schuld geltend zu machen.

Ich übergehe, was der Vf. §. 45 — 54 über verwandte Rechtsinstitute, sodann über die Anerkennung als Grund der Ausschließung einer Exception, und über die Anerkennung in andern als obligatorischen Verhältnissen ausführt, um sofort die Hauptsache weiter zu verfolgen, indem ich die einzelnen „Formen des

Digitized by Google

Anerkennungsvertrags" näher betrachte, die der Vf. hervorhebt (S. 216 fg.).

Zuerst die Abrechnung (§. 55. 56). Was der Vf. darüber sagt, können wir uns ganz aneignen. Kein Zweifel, daß in der Abrechnung eine verpflichtende Anerkennung liegen könne. Ja, es wird ein vollständig ausgeführtes Abrechnungsgeschäft, wobei das Ergebniß in bestimmten Summen festgestellt von beiden Theilen durch ihre Unterschrift anerkannt ist, in der Regel nicht anders auszulegen seyn, als daß nun dieses Ergebniß auch als vertragsmäßig festgestelltes Schuldverhältniß unter ihnen gelten solle, so daß darauf hin, ohne wiederum auf die einzelnen Schuldposten und deren Ausgleichung gegen einander (salvo errore calculi) zurückzugehen, geklagt werden kann. Es ist nicht anzunehmen, daß die Parteien ein unnützes erfolgloses Geschäft in solcher Form haben vornehmen wollen, wornach hinterher immer wieder von vorn anzufangen seyn sollte. Ist aber der animus obligandi auf das Ergebniß der Abrechnung wirklich vorhanden, so ist kein Grund abzusehen, warum dieser nicht wirksam seyn, warum noch nach einem andern materiellen Verpflichtungsgrunde, außer dem Willen die Sache ins Reine zu bringen, zu fragen seyn sollte, oder auf die causae debendi der einzelnen Schuldposten zurückgegangen werden müßte. Die Praxis ist hier einem ganz richtigen Instinct gefolgt, die theoretische Anknüpfung aber scheint mir der Vf. mit Recht in der accessorischen Stipulation zu finden. Die Anfechtung wegen Irrthums oder Betrugs oder wegen Simulation, z. B. versteckter ungültiger Schenkung, bleibt dabei vorbehalten.

Der Abrechnung verwandt ist die Rechnungstellung (§. 57.); sie ist, sofern sie Einnahmen und Ausgaben darlegt, zunächst die Einleitung zu einem Abrechnungsgeschäft, das durch die Anerkennung von der andern Seite zum Abschluß kommen kann. Aber darin scheint mir der Vf. zu irren, wenn er S. 229 auch schon in der Rechnungstellung bezüglich der Einnahmen an sich einen Anerkennungsvertrag, oder vielmehr zunächst die Proposition zu einem solchen, findet, wobei dem Geschäftsherrn gestattet sey, Einnahmen und Ausgaben zu trennen, erstere anzunehmen, letztere abzulehnen. Das ist gewiß nicht dem Willen des Rechnungstellers gemäß, der Einnahmen und Ausgaben dargelegt hat. Liegt darin eine Vertragsproposition, so kann daraus nicht durch

Digitized by Google

willkürliche Acceptation eines Stücks derselben ein Anerkennungsvertrag hervorgehen. Klagt nun der Geschäftsherr bloß die Einnahmeposten ein, so ist klar daß ihm dabei die Rechnung lediglich als Beweismittel dienen könne.

Auch in der Ausstellung eines Schuldscheins (beziehungsweise einer Quittung) kann ein Vertrag, eine vertragsmäßige Anerkennung liegen (§. 58 fg.). Aber der Vf. geht gewiß zu weit, wenn er jedem Schuldschein diesen Charakter vindicirt, womit nur zugleich die Bedeutung eines Beweismittels concurrire. Er deducirt diesen Satz sehr scharfsinnig (vgl. oben S. 27 fg.). Aber nach dem, was wir oben ausgeführt, können wir ihn doch nicht zugeben. In der That läßt sich seine Argumentation auf dem entgegengesetzten Wege in das Gegentheil verkehren. Wer ein einfaches Schuldbekenntniß ausstellt, erklärt dadurch unmittelbar nur seine Ueberzeugung (die theoretische Erkenntniß), daß er schuldig sey; jenes ist zunächst nur ein Beweismittel. Dabe darf man nun wohl als sich von selbst verstehend annehmen, daß er die Schuld auch einmal bezahlen wolle. Eben deßhalb aber kann man in dem ausdrücklichen Zusatze, daß dieß geschehen werde nicht sofort ein neues Versprechen, einen neuen obligatorischen Vertrag erkennen; er spricht nur jene sich von selbst verstehende Consequenz aus. Sonst müßte man consequent in jedem Falle, wenn ein gemahnter Schuldner sagt, er werde in so und so viel Tagen bezahlen, ein neues obligatorisches Versprechen (eine heutige accessorische Promissio) annehmen, obwohl derselbe doch gar nicht den Gedanken, also auch nicht den Willen hat, eine neue Obligatio einzugehen, sondern nur eine, die schon bestehende und fortdauernde Verbindlichkeit, im Sinne hat. Die nächste und eigentliche Bedeutung des Schuldscheins ist vielmehr die, daß er ein Beweismittel gewährt. Zwar sagt der Vf. „ein Beweismittel für die Schuld wollen, heißt die Schuld wollen, und die Schuld wollen, heißt die Schuld versprechen.“ Allein das erste heißt zunächst nur: die Existenz der Schuld anerkennend ein Mittel zu deren Geltendmachung geben wollen, und dieses heißt nicht: eine neue Obligatio contrahiren wollen. Daher ist es unrichtig, von einer Concurrenz mehrerer Klagen zu reden, einer aus der Schuldurkunde, einer aus der ursprünglichen Schuld, die dem Vf. (S. 242) materiell doch wieder in eine zusammenfließen, so wie es, um auch hier die oben gebrauchte Paral-

Digitized by Google

lele zu benützen, gewiß niemanden einfällt gegen einen zwanzigmal gemahnten und zwanzigmal wortbrüchigen Schuldner eine Concurrenz von zwanzig Klagen zu statuiren. Am deutlichsten zeigt sich dieses bei einem Schuldschein über ein Darlehn, mit Angabe des Schuldgrundes: „Ich bekenne ein Darlehn von 100 fl. empfangen zu haben und verspreche dieses zurückzuzahlen", wornach dann eine Klage aus der verpflichtenden Urkunde, und eine aus dem Empfang des Darlehns zu unterscheiden wären. Es ist schon oben gezeigt worden, in welche Künstlichkeit man sich verwickelt, wenn man der Theorie des Vf. folgt; die dort erhobenen Einwendungen müssen wir auch gegen die §§. 58 — 62 wieder geltend machen. Wo nun die Urkunde bloß die Natur eines Beweismittels hat, da wird sich die Bestreitung ihres Inhalts auch nur als Gegenbeweis gegen den durch dieselbe zunächst geführten Beweis der Verbindlichkeit darstellen. Indessen kann allerdings, das geben wir zu, Ausstellung und Hingabe der Urkunde Vertragsnatur an sich tragen, und so denn auch eine verpflichtende Anerkennung der bestehenden Verbindlichkeit in sich schließen; und in dieser Beziehung wird die Fassung der Urkunde, die ausdrückliche Aufnahme eines Versprechens in dieselbe, von Wichtigkeit seyn. Diese verpflichtende Kraft der Urkunde wird insbesondere auch dann zu behaupten seyn, wenn der Aussteller wissentlich den thatsächlichen Verpflichtungsgrund anders angibt, als er sich wirklich verhält, vorausgesetzt daß sich darunter nicht ein an sich ungültiges Rechtsgeschäft versteckt. Wer z. B. wissentlich den baaren Empfang eines Darlehns bekennt, während in der That nur eine anderweitig entstandene Schuld in eine Darlehnsschuld umgewandelt werden wollte, kann der Darlehnsverpflichtung nicht dadurch ausweichen, daß er beweist, er habe das Geld nicht baar empfangen; denn indem er jenen Schuldschein wissentlich ausstellte, hat er in verpflichtender Weise anerkannt, daß er als wirklicher Darlehnsempfänger behandelt seyn wolle. So auch wer den Schuldschein ausstellte über eine zweifelhafte oder streitige Schuld, die er eben dadurch dem Zweifel oder der Bestreitung entheben wollte. Nach gleichem Gesichtspunkt ist der Fall zu beurtheilen, wenn der Gläubiger eine Quittung ausstellt als sey er befriedigt oder bezahlt, wenn gleich er nicht wirkliche Zahlung erhalten hat, aber mit dem Willen als bezahlt angesehen zu werden. Es liegt darin ein verpflichtender liberatorischer Ver-

Digitized by Google

trag, der gleich der römischen Acceptilation wirkt. Die Quittung ist zunächst ihrer Natur nach ein Beweismittel der geschehenen Zahlung; unter jenen Umständen aber nimmt sie die Natur eines Nachlaßvertrages an. In den praktischen Resultaten werden wir hiernach nicht weit von dem Vf. abweichen. Gern möchten wir mit demselben auch in Betreff der Lehre von der cautio indiscreta zusammentreffen. Die L. 25 §. 4 D. de probat. ist ein unglückliches Stück unsrer Quellen, das wir gern preisgeben möchten. Sie hat Entscheidungen hervorgerufen, bei denen der Vf. mit Recht ausruft (S. 267): „fühlt man denn nicht, daß durch solche Entscheidungen die gelehrte Jurisprudenz alles Vertrauen verlieren muß?" Wenn man sie versteht, wie ich so eben sehe, daß es von Dernburg geschieht (Heidelb. krit. Zeitschr. IV. S. 511), wornach die cautio den Charakter einer indiscreta verliert, sobald sie nur mit einer Hinweisung darauf versehen ist, daß es sich um Bestätigung oder Erneuerung einer bestehenden Verpflichtung handelt, so werden freilich solche Anstöße ausgeschlossen, und sie durch Interpretation auf das engste Gebiet einzuschränken, dazu hat die Praxis allen Grund. Es ist noch übrig die einfache Anerkennung (§. 67), die nach dem bisherigen keine Schwierigkeit mehr darbietet, und der Wechsel (§. 68), dem auch die bisherige Theorie schon den Charakter einer abstracten (Formal-) Obligation beilegt.

Endlich freue ich mich, die lange Recension noch mit einer vollkommenen Beistimmung schließen zu können. Was der Vf. im Cap. XII. über die Klage auf Anerkennung sagt (vgl. oben S. 34 fg.), scheint mir ganz begründet, und um so beachtenswerther, als es einem entschiedenen praktischen Bedürfniß entsprechend ist. Wenn ich sonst hin und wieder den Ansichten des Vf. entgegengetreten bin, so ändert dieß nichts in dem allgemeinen Urtheil über das Buch, welches in der Einleitung und dem Schluß der ersten Abtheilung dieser Recension ausgesprochen liegt.

Arndts.

Digitized by Google

IX.

Ueber die Handschriften und den ältesten Text der langobardischen Gesetze nach der Ausgabe von *Baudi di Vesme.*

Die Geschichte des deutschen Rechts wird nur dann eine sichere Grundlage erhalten, wenn wir sämmtliche Quellen in zuverlässigen kritischen Ausgaben besitzen. Niemand wird den großen Gewinn verkennen, den die historische Forschung aus den Ausgaben der Capitularien und des alemannischen Volksrechts in den Monumenten und aus den neueren Arbeiten über die Lex salica gezogen hat. Ein großer Theil der Quellen aber harrt noch der kritisch sichtenden Hand, und wir sind auf Texte beschränkt, von welchen es in manchen Fällen nur zu gewiß ist, daß sie durch eine neue Ausgabe eine ganz andere Gestalt gewinnen werden. Namentlich gilt dieß von den Formeln, und nicht minder galt es von dem Rechte der Langobarden. Man war lange Zeit gewohnt, eine Neugestaltung sämmtlicher Rechtsquellen von den Monumentis Germaniæ zu hoffen. Dieses große Werk aber hat den allgemein gehegten Erwartungen nur theilweise entsprochen. Jene allgemeine Zuversicht scheint sogar der Sache selbst wenig förderlich gewesen zu seyn. Denn sie lähmte die Privatthätigkeit, durch welche das Ziel vielleicht weit früher erreicht worden wäre.

Nun ist uns Italien mit einer neuen Ausgabe des langobardischen Volksrechts zuvorgekommen. Die langobardischen Gesetze erscheinen hier in eben der Gestalt, in welcher sie in den Monumenten er-

Digitized by Google

wartet wurden, in der Form wie sie unter den Königen in Geltung waren, frei von allen Bildungen und Verbildungen späterer Zeiten.

Eine genaue Betrachtung der Edicta regum Langobardorum edita opera et studio Caroli Baudi a Vesme, Augustæ Taurinorum 1855, wird ergeben, daß dieses von der Turiner Akademie angeregte Werk zu den bedeutendsten neueren Leistungen im Gebiete der Quellenedition gehört. Seit lange war die Ausgabe erwartet. Einen ersten Abdruck der Gesetze ohne die Einleitung und den kritischen Apparat hatte Vesme im J. 1846 in fünfzig Exemplaren veröffentlicht*). Der damals publicirte Text ist in der vorliegenden Ausgabe an mehreren wesentlichen Stellen verbessert. Und auch jetzt kann die kritische Feststellung des Textes noch nicht für abgeschlossen erklärt werden, so hoch wir auch das Werk des Herausgebers stellen. Es wird sich ergeben, daß einzelne handschriftliche Materialien immer noch unberücksichtigt geblieben sind. Dann aber hat der Herausgeber fast mit zu großer Vorliebe mehr die historische, sprachliche, man möchte sagen italienisch-nationale Seite seiner Aufgabe als die juristische verfolgt. So in der ausgedehnten Benutzung der Handschriften für die Prologe und die historischen Stücke der Gesetze, in der Auswahl der Varianten und in den Bemerkungen zum Texte! Auch sind die Einleitung und die kritischen Noten nicht übersichtlich geschrieben. Neben vielfachen Wiederholungen kostet es Mühe sich in dem reichen Material zurechtzufinden, und es ist wesentlich der Zweck der nachfolgenden Besprechung, diesen Nachtheil zu heben. Alles dieß kann freilich das große Verdienst des Herausgebers nicht schmälern, der auch die Leistungen seiner deutschen Vorgänger Pertz, Bluhme, Merkel, Bethmann mit großer Bescheidenheit anerkennt. Wir glauben nur, daß durch die Benutzung der von Vesme nicht berücksichtigten Materialien sowie durch eine strengere juristische Auffassung eine neue Ausgabe ihre Stelle neben dem Werke Vesme's einnehmen kann.

Eine genaue Kenntniß des handschriftlichen Materials macht

*) Angezeigt von Merkel im Archivio storico Italiano. Append Tom. III. Firenze 1847; p. 692 — 729. Vesme gibt p. LXI. die Abänderungen des 1846 veröffentlichten Textes an.

Digitized by Google

allein ein richtiges Urtheil über den kritischen Werth des Textes möglich. Wir versuchen es deßhalb dieses Material mit dem Herausgeber übersichtlich darzulegen, indem wir die Mittheilungen desselben ergänzen.

I. Die Handschriften.

Nur in wenigen unter den auf uns gekommenen Handschriften des Langobardenrechts sind uns die Gesetze dieses Volksstammes in ihrer ursprünglichen Gestalt überliefert. Wir können drei große Classen von Handschriften unterscheiden, von denen jede eine verschiedene und selbständige Recension des Volksrechtes wiedergibt. Dieß sind die chronologische Sammlung der Edicte, das Papienser Rechtsbuch oder der Liber legis Langobardorum und die systematische Sammlung, welche unter dem Namen der Lombarda bekannt ist. Sie können der Zeitfolge nach als die Texte der ältesten, mittleren und jüngsten Periode der langobardischen Rechtsgeschichte bezeichnet werden. Jede dieser Classen zerfällt in verschiedene Familien, und neben ihnen stehen noch vereinzelte Handschriften, welche sich keiner jener Gattungen einreihen lassen, sondern theilweise die Uebergänge von einer Classe zur andern bilden.

Die chronologische Sammlung, welcher allein der Namen der Edicta regum Langobardorum zukommt, ist uns mehr oder weniger vollständig in zehn Handschriften erhalten. Sie bilden fast ausschließlich das Material, auf welches die Vesme'sche Ausgabe basirt ist; aus diesem Grunde sind sie in der Einleitung von Vesme ausführlich beschrieben worden.

Die Handschriften der chronologischen Sammlung.

1) Codex Sangallensis n. 730 saec. VII., beschrieben in Pertz' Archiv IV. 371, V. 226, VII. 766. Von diesem ältesten Codex des Langobardenrechts sind nur 46 Blätter in Quartform erhalten. Man hatte sie in der Klosterbibliothek von St. Gallen zu Büchereinbänden verwandt, sechsunddreißig Blätter befinden sich noch in St. Gallen, zehn andere gehören jetzt der Stadtbibliothek zu Zürich, wohin sie mit einer Anzahl von Büchern von St. Gallen gewandert sind. Aller Wahrscheinlichkeit nach werden noch

Digitized by Google

weitere Fragmente derselben Handschrift in St. Gallen oder Zürich zu finden seyn. In Zürich sah Schrader ein Pergamentblatt, welches jenem Codex anzugehören scheint*). Und von der St. Galler Handschrift n. 852 bemerkt Haenel**), sie enthalte Spuren langobardischer Gesetze. Von der schönen Unzialschrift des Codex hat Vesme eine Schriftprobe gegeben. Die erhaltenen Blätter umfassen etwa die Hälfte von Rotharis Edict. Es finden sich weder Gesetze von Grimuald noch von den nachfolgenden Königen. Durch diesen Umstand aber wird man zu dem Schlusse berechtigt, daß der ehemals vollständige Codex vor den Zeiten Grimualds, vielleicht noch unter Rotharis geschrieben worden als ältestes erhaltenes Denkmal der ältesten langobardischen Gesetzgebung. Vesme hat eine Zusammenstellung der Blätter nach Quaternionen versucht (p. XVII.), in der Handschrift selbst scheinen die Quaternionenzeichen zu fehlen. Im Ganzen sind folgende Capitel aus Rotharis Edict erhalten, bei welcher Aufzählung wir die Züricher Blätter mit Z bezeichnen und in den Ziffern hier wie dort der Vesme'schen Ausgabe folgen:

Rotharis cap. 1 — 7, 7 — 12 (Z.), 12 — 14, 25 — 31, 31 — 36 (Z.), 36 — 51, 63 — 78, 85 — 112, 130 — 142, 147 — 178, 182 — 184, 189 — 232, 316 — 338 (Z. fünf Bl.), 343 — 351 (Z. drei Bl.), 360 — 371.

Zu den Lücken der Vesme'schen Ausgabe gehört nun, daß nur die St. Galler, nicht auch die Zürcher Blätter benutzt worden sind.

2) Codex Vercellensis Archivii Capitularis n. 188 saec. VIII. in Quartform und Unzialschrift, beschrieben von Bluhme in Pertz Archiv IV. 371, V. 230 — 39. Die Handschrift führt auf dem Einband den neueren Titel Constitutiones civiles de tempore Langobardorum. Sie ist nicht vollständig erhalten. Die erste, achtzehnte und vierundzwanzigste oder letzte Quaternion sind verloren gegangen, und auch in dem vorhandenen Theile fehlen einige Blätter. Eine Hand des X. Jahrhunderts hat die Lücken der 11., 17. und 18. Quaternion ausgefüllt, der fehlende Text ist auf Blättern von kleinerm Format eingeschaltet. Dieselbe Hand

*) Pertz Archiv für ältere deutsche Geschichtskunde IV., 371.

**) Catalogi librorum manuscriptorum p. 713.

Digitized by Google

hat den Codex bis zu Rotharis c. 154 corrigirt, die Correcturen sind jedoch ebenfalls einer guten Handschrift entlehnt. Von beiden Schriftarten hat Vesme Proben gegeben. Nun steht zwar die Vercelleser Handschrift jener von St. Gallen an Alter nach, dennoch gibt sie einen bessern und correctern Text als die letztere und übertrifft sie an Vollständigkeit. Das erste Blatt bildet den Anfang der zweiten Quaternion und beginnt mit dem Schlusse des Registers, mit Rotharis c. 183, nicht aber, wie in Pertz Archiv V. 233 angegeben ist, mit c. 26. Damit fällt auch die Vermuthung Bethmanns, daß die verloren gegangene erste Quaternion jene historische Einleitung enthalten habe, welche wir unter dem Namen der Origo gentis Langobardorum oder des Chronicon Rotharis kennen*). Er setzte voraus, daß der erhaltene Theil des Registers mit Rotharis c. 26 beginne. Da nun aber die erste Ziffer Rotharis c. 183 ist, so läßt sich berechnen, daß außer Rotharis Prolog und dem Anfang des Registers keine weiteren Stücke in der verloren gegangenen Quaternion vorhanden waren. Die Vercelleser Handschrift folgt einer eigenthümlichen Zählung. Sowohl im Register als im Texte sind die Gesetze sämmtlicher Könige fortlaufend numerirt. Das letzte im Register citirte Gesetz führt die Ziffer 552, es ist ein Gesetz Liutprands, welches im Text verloren gegangen ist. Das letzte Blatt der Handschrift selbst enthält Liutprand c. 138, 139, von denen cap. 139 in dieser Gestalt bisher unedirt war. Bluhme löste im J. 1822 dieß Blatt von dem Einband ab und machte die Schrift durch Reagentien wieder lesbar. Eine Copie des Blattes von Bluhme's Hand ist noch im Codex zu finden. Die Frage, welches der vollständige Inhalt der Handschrift gewesen sey, wird durch das Register der Gesetze gelöst. Denn da das Register mit Liutprand schließt, so hat auch der vollständige Codex weder die Gesetze des Rachis noch jene des Aistulf enthalten. Dadurch aber läßt sich zugleich das Alter wenn nicht der Handschrift selbst so doch ihres Originals bestimmen, das Original wenigstens muß zu der Zeit geschrieben seyn, als Rachis Gesetze noch nicht erlassen waren.

3) Codex Eporediensis Archivii Capitularis n. 34 saec. IX. in Quartform. Die Handschrift wurde 1843 von Amedeo

*) Bethmann in Pertz Archiv X. 354.

Digitized by Google

Peyron im Archiv des Domcapitels von Ivrea entdeckt, welcher in einer eigenen Schrift davon Kunde gab*). Sie besteht aus zwei Theilen. Der erste derselben enthält die langobardischen Capitularien der Karolinger, welche bis auf zwei sämmtlich bei Pertz Monumenta Legum Tomus I. gedruckt sind. Der zweite Theil enthält die langobardischen Edicte. Am Schlusse der letzteren sind die zehn ersten Capitel aus Lothars Capitulare Papiense a. 832 (Pertz Monumenta Leg. I. 360) nachgetragen, woraus wir schließen müssen, daß die Edicte selbst noch vor dem Jahre 832 geschrieben worden sind. Es läßt sich aber der Zeitpunkt ihrer Abfassung noch genauer bestimmen. Der erste Theil des Codex, welcher die langobardischen Capitulare enthält, schließt mit der Constitutio Olonæ a. 825. Darauf folgen die langobardischen Gesetze, welche also nach 825, aber noch vor 832 geschrieben wurden. Nach der Ansicht von Peyron dagegen gehört der Codex von Ivrea einer weit späteren Zeit an. Peyron setzt ihn in das XI. Jahrhundert; in das X. dagegen setzt er eine zweite Handschrift des Ivreenser Archivs, welche die Lex Ribuariorum, Salica, Alamannorum, Burgundionum, Boioariorum und die langobardischen Capitularien enthält, Codex Eporediensis n. 33**). Ueber das wahre Alter unserer Handschrift scheint jedoch nach den angeführten Thatsachen kein Zweifel mehr entstehen zu können. Auch nach den von Vesme mitgetheilten Schriftproben (Tab. II. 3, 4.) scheint Peyrons Ansicht unbegründet. Die Schrift unseres Codex trägt ein älteres Gepräge als die carolingischen Züge des Codex n. 33.

Die Handschrift von Ivrea zeichnet sich besonders durch die Interlinear- und Marginalglossen aus, welche eine Hand des X. Jahrhunderts dem langobardischen Edicte hinzugefügt hat. Sie

*) Notizia dell'Archivio del reverendissimo Capitulo d'Ivrea, del cav. Amedeo Peyron. Torino 1843.

**) Peyron Notizia p. 22. und Legum barbarorum fragmenta et variantes lectiones ex codice Eporediensi in den Memorie della reale Accademia delle scienze di Torino ser. II. Tom. VIII. 1846. Scienze morali, storiche etc. p. 129 f. — Der Codex Eporediensis n. 33 wurde benutzt von Merkel Lex Alamannorum p. 6. Ueber die Wichtigkeit dieser Handschrift für eine neue Ausgabe der Capitularien s. Vesme p. XXVI.

Digitized by Google

ſind im ſiebenten Anhang der Ausgabe gedruckt, und es wird von ihnen noch beſonders die Rede ſeyn. Nicht unwichtig iſt auch der Umſtand, daß dieſelbe Hand, welche die Gloſſen ſchrieb, auf dem erſten Blatte des Codex Liutprand c. 140 nachgetragen hat, welches ſich in der Vercelleſer Handſchrift nur im Regiſter, in den übrigen Codices aber überhaupt nicht findet. Auf der Vorderſeite desſelben Blattes aber ſtehen zwei Formeln aus dem Anfang des XI. Jahrhunderts, welche wir nach Bethmann (p. XXVII.) wiedergeben.

Codex Eporediensis archivii capitularis n. 34. fol. 1.

1.

Presencia bonorum omnium ex . . . . . francorum et langobardorum, quorum nomina supter leguntur, conjunserunt se illa filia quondam lui, que profitetur se ex racione sua lege vivere romana, et ille filius lui. Ipso namque ill' ibi . . . . . et eidem lui filio suo consenciente tt ibi locum presencia eorumdem bonorum omnium conjunct. s ipsa illa suis manibus et ejusdem lui a legitimum sibi ad uxorem abendum se tradidit, quorum ipse ille ad illam adduxorem sibi abendam fuscepi, quidem et dedit ipse ille lui et lui germanis ipsius qui ibi aderant cronas una valente so argentum dn bonos so . . titos, tam pro mundium eidem lei conjus sua, quamque communia que e legibus pertinet ad abendum . . . . ille . . . . modo easdem crona suscepit . eoque se ille et ille germanis per easdem crona quod pro mundium susceperunt eadem illa germ. et mundoalda eorum eidem lui super mundium miserunt communiaque e legibus pertinet et easdem crona simul cum prædictum mundium eidem lui ad proprium tradiderunt et fusceperunt ab eo exinde launechitta . factum est oc.

2.

Deus Dei notarius ex castro Lomello in caminata moiore sale domni Ottoni comiti palacii et comitis ipsius comitatu Lomellensis, ubi ipse in iudicio adeset justitiam faciendum ac deliberandum, adesent cum eo illi ac illi iudicis sacri palacii

Digitized by Google

et reliqui plures . ibique eorum veniens presencia domno illo àba monasterio sancti illi situm in loco illo, cepit dicere. volo eliere ille et ille iudex, et vocat' mihi ad pars ipsius monasterio in placitas peragendum, alii conpellandum, responsum dandum, finem faciendum et recipiendum ac per legem querendum et eqciendum (excuciendum?) tamquam . . . . . fecisset. et taliter ibi presens omum predictus illo abate ex eodem illo judicem suum et ipsius monesterii advocatorem elexit qualiter supra declaratum est ex ac noticia qualiter acta est causa fieri amonuerunt . . . . e et ille ego notarius sacri palacii ex uxione ipsorum comiti et judicum amonusione scipsi anno imperii domn etricici . imperatoris deo propicio quinto, quarto die mensis decembris, indicione secunda.

Das in der zweiten Formel enthaltene Datum fällt in das Jahr 1018.

4) Codex Vaticanus n. 5359 sæc. IX. ex. sive X. in. in Quartform, beschrieben in Pertz Archiv IV, 372 V, 239 — 247 und Monumenta Legum I. præf. p. 26. Das langobardische Edict, dessen Text sehr incorrect und von einem Unkundigen geschrieben ist, füllt in dem Codex achtzehn Quaternionen, mehrere Blätter sind jedoch ausgefallen. Die nach Bluhme's Annahme später hinzugefügte Ternion enthält von andern Händen einige Capitularien von Karl dem Großen, Ludwig dem Frommen und Lothar. Die ersten 118 Blätter sind rescribirt, ebenso das 139ste Blatt; der ältere Text ist eine lateinische Version der Psalmen in Unzialschrift aus nicht alter Zeit.

5) Codex Parisiensis n. 4613 saec. X. in fol., beschrieben in Pertz Archiv VII, 773 — 777 und Monumenta Legum I, praef. p. 27. Die fünf ersten Quaternionen sind verloren gegangen, die Handschrift beginnt jetzt mit Rotharis c. 273 minus eum invenerit. Selbst dieser Ueberrest ist unvollständig, einzelne Blätter, auf welchen sich ohne Zweifel schöne Initialen befanden, fehlen. Nach der Anzahl der verloren gegangenen Quaternionen zu schließen, hat die Handschrift die bei dem Codex Vercellensis erwähnte historische Einleitung, die origo gentis Langobardorum oder das Chronicon Rotharis enthalten, welche in den Handschriften von La Cava, Madrid und Modena vor dem Edicte steht. Auf Aistulfs Gesetze und noch vor der Schlußnote folgt ein Fragment, welches

Digitized by Google

Vesme im dritten Anhang (p. 196) wiedergegeben hat, während es eine bessere Stelle wohl in den kritischen Noten gefunden hätte. Denn dieses Fragment ist weder ein ächtes noch ein unächtes Gesetz Aistulfs, sondern eine Glosse aus späterer Zeit.

Codex Parisiensis 4613 fol. 64.

Villa exceptro villarum et piscatoria manufacta, et quicquid fossibus aut sepibus vel etiam alium genere clausurarum munitione precingitur, edodem immunitate et temeratoribus dicatur campo et silva que sine laborationibus sunt nullo modo munitione cinguntur, non plus immunitate nomina conplete quam claustra monasterii.

Vielleicht bezieht sich diese Glosse auf Aistulf c. 8 de anno V. An das langobardische Edict schließen sich die langobardischen Capitularien, deren Uebersicht bei Pertz Monumenta Legum I, praef. p. 27 gegeben ist.

6) Codex Parisiensis n. 4614 saec. IX. ex fol. maj., beschrieben in Pertz Archiv VII, 767 — 770. Es ist dieselbe Handschrift, welche Baluze als Codex Thuanus, Colbertinus für die Lex Alamannorum benutzte. Sie besteht aus zwei zusammengebundenen Codices von verschiedenem Format. Der erste derselben aus dem Ende des 10. oder dem Anfang des 11. Jahrhunderts enthält die langobardischen Edicte, die Lex Alamannorum*) und Baiuvariorum. Der zweite Codex in kleinerem Format saec. XIII. enthält eine Lombarda, nach dem Register in vier, nach dem ursprünglichen Texte jedoch nur in drei Büchern**). In der langobardischen Edictensammlung folgt mitten im Texte auf Liutprand c. 24 de anno XI. die Schlußnote *Explicit*, obgleich der Codex auch die übrigen Gesetze enthält. Dieser Umstand ist geeignet uns über das Alter des Originals der Handschrift Aufschluß zu geben, um so mehr, als sich dieselbe Erscheinung im Register wiederholt. Das Register zu Liutprands Gesetzen schließt mit dem eilften Regierungsjahre oder mit dem fünften Volumen ab. Der erste Theil der Handschrift oder wenigstens der erste Theil von Liutprands Gesetzen scheint also einem Original entlehnt zu seyn, welches vor dem zwölften Regierungsjahre Liut-

*) Merkel Lex Alamannorum p. 8.

**) Anschütz über einige Pariser Handschriften der Volksrechte, in Pertz Archiv XI, 220.

Digitized by Google

prands geschrieben wurde und nur die bis zum Jahre 724 erlassenen Edicte enthielt.

7) Codex Guelferbytanus inter Blankenburgenses p. 130 saec. X. in fol., beschrieben in Pertz Archiv VII. 777 — 779 und Monumenta Legum I, praef. p. 27. Die Handschrift enthält außer dem langobardischen Edict noch Capitularien von Karl dem Großen, Ludwig I., Lothar und Ludwig II., die Lex Salica, Burgundionum, Ripuariorum, Alamannorum, Baiuvariorum. Als Nachträge finden sich darin ein Formular zum Judeneid und Urkunden aus dem Bisthum Augsburg, dessen Domkirche der Codex einst gehörte. Die Wolfenbütteler Handschrift des langobardischen Edicts zeichnet sich dadurch aus, daß sich die Verordnung über das Bauwesen, das Memoratorium de mercedibus Comacinorum, in derselben zweimal findet. Zuerst folgt es auf die Gesetze Grimualds, dann kehrt es wieder als letztes Gesetz Liutprands, so daß eine doppelte Recension dieser Verordnung anzunehmen ist, eine aus Grimualds, die andere aus Liutprands Zeit. Die Sammlung der Edicte schließt mit einem unächten Gesetze Aistulfs über die Invasion fremder Grundstücke, welches Vesme im dritten Anhang (p. 196) abgedruckt hat. Das Gesetz ist untergeschoben, wie sich theils aus der Sprache (*absque iudicio calculorum*) theils aus dem Inhalt ergibt, welcher aus dem römischen Rechte genommen ist*) und dem ältern langobardischen Rechte so wenig als dem neuern entspricht.

Codex Guelferbytanus inter Blankenburgenses n. 130.
Fol. 63. *(c.* 14 *Aistulfi de anno V).*

Et hoc addi placuit nobis, ut nullus sacerdotum in rebus Langobardorum auctoritate propria absque iudicio calculorum intrare presummat, neque quisquam Langobardorum in rebus ecclesiarum sacerdotum sive clericorum prevalendum intrare presummat. Si quis amodo tam Langobardus quam clerus rem sibi indebitam absque iudicio usurpare presumpserit, qui convictus fuerit hec fecisse ea sententia feriatur, ut eandem rem quam invasit cum alia tale eidem cui vim ablata est restituat

*) Vgl. L. 7. C. Unde vi VIII, 4.

Digitized by Google

Eine solche Strafe gewaltthätiger Invasion kennen die in Lombarda I. 27 zusammengestellten Gesetze nicht*). Die Veranlassung aber, dieses unächte Stück den Gesetzen Aistulfs hinzuzufügen, scheint für den Verfasser oder Schreiber desselben in c. 9 Aistulfi de anno V. gelegen zu haben.

Erwähnung verdienen auch die Worte, mit welchen die Wolfenbütteler Handschrift die Sammlung der Edicte schließt, und welche von Besme nicht genug hervorgehoben worden sind. Die Schlußnote nach Aistulfs Gesetzen lautet: *Finit edictus anterior et posterior quod constitutum est a quibusdam regibus Langobardorum.* Der Edictus anterior, die Hauptgrundlage des Langobardenrechts, ist das Edictum Rotharis, zu welchem sämmtliche Gesetze der späteren Könige nur im Verhältniß der Nachträge und Zusätze stehen**). Selbst die Gesetze der langobardischen Herzöge von Benevent tragen denselben Charakter, sie sollten mit dem Edicte der Könige ein Ganzes bilden, während die für Italien erlassenen Gesetze der fränkischen Kaiser als selbständige Gesetzgebungen auftraten. In dem Prologe zu der Verordnung des Beneventaner Herzogs Adelchis, welchen Besme p. 201 abgedruckt hat, heißt es am Schluß: *Quæ nimirum in Edicti paginis inserere præcipimus perpetuo jure retinenda.*

8) Codex Monasterii Cavensis S. Trinitatis, Handschrift des Klosters La Cava bei Salerno, saec. XI. in fol., beschrieben in Pertz Archiv IV. 372, V. 247 — 262, Monumenta Leg. praef. p. 27. Abschriften dieses werthvollen Codex befinden sich in La Cava selbst und in Neapel. Auch die Pariser Bibliothek besitzt eine Copie davon unter den nachgelassenen Papieren der Benedictiner von St. Germain des Prés, Résidu St. Germain carton 157***). Die Abfassung des Codex, welcher zufolge einer auf dem ersten Blatte stehenden Notiz im J. 1263 aus der

*) S. auch die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus (herausgegeben von Anschütz) p. 58.

**) Prologus Grimowaldi: *Superiori pagina hujus Edicti legitur.* Epilogus Liutprandi de anno I.: — *(capitula) quæ nuper in presenti pagina Edicti adfigi precipimus.* —

***) Bethmann in Pertz Archiv X. 359. Die Cartons 141—158 des Résidu St. Germain enthalten die gelehrte Correspondenz von D. Ruinart, Martene, Rivet und Montfaucon.

Digitized by Google

Kirche Casale Ruptum nach La Cava kam, fällt in den Zeitraum von 1004 bis 1014. Diese Zeitbestimmung ergibt sich aus einem Königs- und Kaiserverzeichnisse, welches fol. 176 des Codex steht und bei Pertz Monumenta Germaniæ Scriptorum III. 215, 216 gedruckt ist. Dieß Verzeichniß schließt mit der Einnahme Pavia's durch Heinrich II. im J. 1004 — *et ipse applicuit usque urbem Papiam et igne cremavit eam et sic reversus est in Tolonicum regnum suum* —; es kennt noch nicht den zweiten italienischen Feldzug und die Krönung dieses Königs im J. 1014. Auch erwähnt der Schreiber des Codex gelegentlich, daß er den Fürsten Pandulfo Capodiferro von Capua und Benevent selbst gekannt habe, dieser starb aber im J. 981 (Muratori Annali d'Italia a. 981), so daß diese Angabe mit dem oben aufgestellten Zeitraum der Abfassung übereinstimmt. Nach der Vermuthung von Merkel*) dagegen würde die Handschrift im J. 1023 in Montecasino entstanden seyn. Wie uns nämlich quellenmäßig berichtet wird, ließ in jenem Jahre der Abt Theobald von Montecasino außer andern Handschriften auch ein *Edictum regum* anfertigen**). Vesme bezweifelt aber mit Recht, daß der hier erwähnte Codex mit dem von La Cava identisch sey.

Die Cavenser Handschrift ist uns nur unvollständig erhalten. Nach einer mit dem Codex selbst gleichzeitigen Notiz hat derselbe einst aus 33 Quaternionen oder 265 Blättern bestanden, von diesen sind jetzt viele verloren gegangen. Vor den Edicten steht der bei Pertz Monumenta Germaniæ Scriptorum VIII. 314 gedruckte Völkerstammbaum, auf die Edicte folgt ein langobardisches Glossar, welches im achten Anhang der Vesme'schen Ausgabe wiedergegeben ist, ferner der unächte Brief Augustus imperator patricio Karolo (Pertz Archiv V. 254, X. 396), das oben erwähnte langobardische Königs- und Kaiserverzeichniß, die Gesetze der Herzöge von Benevent und endlich die italienischen Capitularien der Karolinger. Alle diese Stücke sind von einer und derselben Hand geschrieben, eine Probe der Schrift gibt Vesme Tab.

*) Vgl. Bethmann in Pertz Archiv X. 396.

**) Tosti storia di Montecassino, Napoli 1842, I. 287. — Vesme p. XXXII.

Digitized by Google

III. n. 5*). In der Orthographie ist neben manchen Neuerungen noch eine große Uebereinstimmung mit den Handschriften von Ivrea und Vercelli zu erkennen. Der Text des Edicts scheint zwei verschiedenen Codices entnommen zu seyn, denn in einzelnen Theilen stimmt die Handschrift mit der von Madrid, in andern dagegen mit der des Vaticans überein. Das erstere ist der Fall in der Origo, dem Prolog des Rothari, in den Gesetzen des Liutprand, Rachis und Aistulf; das zweite in Rotharis und Grimowalds Edict und in den Nachträgen zu Rachis und Aistulf. Auffallend ist es, daß Vesme nicht die dem X. Jahrhundert angehörenden juristischen Abhandlungen erwähnt, welche nach Merkel, Geschichte des Langobardenrechts S. 52 Anm. 5, in dem Caveser Codex enthalten sind.

Die Caveser Handschrift zeichnet sich noch durch ihre zahlreichen Bilder aus, auf welche schon Pertz aufmerksam gemacht hat (Archiv V. 248). Von großem historischen Interesse ist besonders das erste Bild, welches eine Scene aus der unmittelbar darauf folgenden Geschichtserzählung, der Origo gentis Langobardorum, darstellt. Frea umfaßt mit der rechten Hand den Hals des Godan, der auf einem niedrigen Bette ruht; rechts darunter stehen die Winiles mit Helm und Speer, links neben ihnen Ybor und Agio im Gespräch mit ihrer auf einem Sessel sitzenden Mutter Gambara. Ueber den Figuren stehen die angeführten Namen. Die Erklärung dieses Bildes gibt die bei Vesme zum erstenmale gedruckte Origo (Vesme p. 6.) und die Uebersetzung der letzteren bei O. Abel, Paulus Diaconus (1849) S. 3. 4. Man darf wohl mit Grund annehmen, daß jene bildliche Darstellung zu einer Zeit entstanden ist, wo die älteste heidnische Volksüberlieferung noch nicht durch das fester wurzelnde Christenthum zerstört war.

9) Codex bibliothecæ regiæ Matritensis D. 117 saec. XI.

---

*) Eine andere Schriftprobe desselben Codex gibt nebst dem Bild des Beneventaner Herzogs Arechis das paläographische Werk Paléographie universelle, Collection de fac-simile d'écritures etc. par M. Silvestre; accompagnée d'explications historiques et descriptives par M. Champollion Figeac et A. Champollion fils. III. Partie, Paris 1841, écriture lombarde brisée, XI. siècle, Code des lois lombardes.

Digitized by Google

in Quartform. Für die Monumenta Germaniæ historica wurde die Madrider Handschrift zuerst benutzt von Duflot, Pertz Archiv VII. 770 — 772, Monumenta Leg. I. praef. p. 26. Von neuem untersuchte sie Knust, der eine Abschrift der mehrfach erwähnten Origo daraus nahm (Pertz Archiv VIII. 216). Wie die Cavenser Handschrift, so ist auch die von Madrid im Herzogthum Benevent geschrieben, und der Text beider ist in bestimmten Theilen eng verwandt. Auch der Madrider Codex enthält Bildnisse der langobardischen Könige und des Beneventaner Herzogs Arechis, sie sind sämmtlich in der Ausgabe von Vesme wiedergegeben. Auf die Edicte folgen ein Capitular des Beneventaner Fürsten Adelchis, welches Vesme im V. Anhang abgedruckt hat, und der Anfang eines langobardischen Glossars (VII. Anhang), in dessen Mitte die Handschrift abbricht. Die Fortsetzung derselben, die langobardischen Capitularien der fränkischen Könige enthaltend, glaubte Pertz in einem Codex der Bibliothek Chigi in Rom gefunden zu haben, Codex Chisianus F. IV. 75. Gegen diese Annahme spricht jedoch das Alter dieses Codex, welchen Pertz selbst in das X. Jahrhundert setzt (Archiv V. 308), während der von Madrid nach der Angabe im Archiv selbst dem XI. angehört.

In der Madrider Handschrift folgt auf das Register zu Rotharis Edict eine von einem Geistlichen in gewandter Sprache geschriebene Ermahnung an die Richter gerecht zu richten, welche bei Vesme in den kritischen Noten p. 280 steht.

10) Codex Gothanus n. 84, olim S. Martini Moguntini saec. XI. in. fol. maj., beschrieben bei Pertz, Monumenta Leg. I., praef. p. 28; Haenel lex Romana Wisigothorum p. XLVI; Merkel Lex Alamannorum p. 4. In dieser aus vier verschiedenen Theilen bestehenden Handschrift finden sich die langobardischen Gesetze in zwei verschiedenen Recensionen. Das Edict steht im vierten Theile fol. 338 — 375. Im zweiten Theile dagegen fol. 165 — 194 (nicht wie Vesme angibt f. 147 — 223) findet sich jener erste Versuch einer systematischen Zusammenstellung des Langobardenrechts von einem sonst unbekannten Verfasser Lupus, auf welchen Merkel, Geschichte des Langobardenrechts S. 19, aufmerksam gemacht hat. Diese Arbeit, welche den Titel Concordia de singulis causis führt, wurde für den Grafen Eberhard von Rhätien und Friaul verfaßt, sie scheint jedoch nicht in

Digitized by Google

den Gebrauch gekommen zu seyn. Die Zeit ihrer Abfassung fällt nach Merkel in die Periode von 817 bis 856*), nach Vesme zwischen die Jahre 817 und 840 (p. XLII). In der Gothaer Handschrift ist das Werk jedoch nur unvollständig erhalten; vollständig steht es nur in der noch zu erwähnenden Handschrift von Modena.

Die Gothaer Handschrift ist von Vesme nicht benutzt worden. Nach der von Pertz Monumenta Leg. I., Tab. III. n. 5 und hieraus von Vesme Tab. III. n. 5 mitgetheilten Schriftprobe, welche aus Rotharis c. 351 genommen ist, glaubte der Herausgeber keinen Gewinn aus dem Codex ziehen zu können (p. XL). Eine solche Schlußfolgerung aber glauben wir mit vollem Rechte als eine höchst voreilige bezeichnen zu können. Eine Ausgabe, welche wie die vorliegende bestimmt war alle früheren an Vollständigkeit des benutzten Materials zu übertreffen, hätte dem Publicum nicht übergeben werden sollen, solange eine Handschrift der Edicte noch nicht untersucht war. Gesteht doch der Herausgeber an einer andern Stelle selbst zu, daß wenigstens für einzelne Theile des Edicts der Gothaer Codex mit Gewinn benutzt werden könne (p. LXIX). Und für das Memoratorium de mercedibus Comacinorum spricht er sogar tiefes Bedauern aus, daß die Gothaer Handschrift unberücksichtigt geblieben sey**).

Eine Classification dieser bis jetzt allein bekannten Handschriften des langobardischen Edictes ist von Vesme nicht versucht worden. Die Eintheilung derselben kann sich offenbar nicht auf die paläographischen Eigenthümlichkeiten stützen, welche von dem Herausgeber zu sehr in den Vordergrund gestellt worden sind, sondern nur auf den Inhalt der einzelnen Codices. Wir theilen sie deßhalb mit Merkel***) in drei Classen ein; die Classe A wird gebildet durch die St. Galler Handschrift, welche nur das Edictum Rotharis enthalten hat und noch bruchstückweise enthält, die

*) Die Beweise siehe bei Merkel Lex Alamannorum p. 3. 4.

**) Serus me sane hae in re sed gravis urget dolor has leges edentem in subsidium non adhibuisse, Gothanum codicem, in quo uno praeter eos quibus usus sum contineri (sc. Memoratorium) nuperrime ex Merkelii scripto cognovi, non modo editione jam diu absoluta sed his ipsis Prologemenis ex parte conscriptis. (p. CI.)

***) Geschichte des Langobardenrechts S. 18.

Digitized by Google

Classe B besteht aus dem Codex Vercellensis, in welchem die Edicte bis auf Liutprand reichen; zur Classe C gehören die Handschriften der geschlossenen Sammlung, also alle übrigen.

A. Codex Sangallensis n. 730 saec. VII.
B. Codex Vercellensis n. 188 saec. VIII.
C 1. Codex Eporediensis n. 34 saec. IX.
C 2. Codex Vaticanus n. 5359 saec. IX. ex.
C 3. Codex Parisiensis n. 4613 saec. X.
C 4. Codex Parisiensis n. 4614 saec. X.
C 5. Codex Guelferbytanus inter Blankenburgenses n. 130 saec. X.
C 6. Codex Cavensis saec. XI. in.
C 7. Codex Matritensis D. 117 saec. XI. in.
C 8. Codex Gothanus n. 84 saec. XI. in*).

Außer diesen Handschriften, welche die chronologische Sammlung der Edicte allein in historisch glaubwürdiger Form enthalten, kamen für Vesme nur noch folgende Codices in Betracht. Zunächst der Codex cathedralis Mutinensis I., 2, welcher die bereits bei der Beschreibung des Codex Gothanus erwähnte systematische Ueberarbeitung des Langobardenrechts, die Concordia de singulis causis des Lupus, vollständig in 60 Titeln oder Capiteln enthält. Die Modeneser Handschrift ist im J. 991 geschrieben**), sie wurde benutzt von Muratori (Rerum Italicarum Scriptores T. I. P. II. p. 8 — 11) und ist besonders deßhalb wichtig, weil sie die historische Einleitung, die Origo gentis Langobardorum enthält. Vesme hat sich dieses Codex auch nur für die Origo und für den Prolog des Rothari bedient. Die Handschrift von Modena bildet mit dem Codex Gothanus n. 84 fol. 165—194, in welchem sich das Werk des Lupus nur unvollständig findet, die Handschriftenclasse D. Die Arbeit des Lupus steht der Zeit

*) Die Zählung in der Classe C weicht von der bei Merkel a. a. O. gegebenen ab, weil das Alter einzelner Handschriften anders bestimmt worden und eine Handschrift, Cod. Paris. 4614, neu hinzugekommen ist.

**) Merkel, Lex Alamannorum p. 3. Vgl. auch Pertz Archiv V, 262. X. 358.

Digitized by Google

ihrer Abfassung nach *) der chronologischen Sammlung der Edicte noch nahe, sie ist jedoch ihrem Originale nicht ganz treu geblieben.

Endlich benützte der Herausgeber an einzelnen zweifelhaften Stellen mit Recht auch die beiden Mailänder Handschriften Codex Ambrosianus O. 53 und O. 55 saec. XI. in., welche durch Muratori bekannt geworden sind**). In diesen Handschriften, welche die Classe E bilden, ist zwar die chronologische Sammlung der Edicte sammt den Capitularien der Carolinger noch wesentlich in ihrer ursprünglichen Gestalt enthalten, es sind jedoch nicht nur die Gesetze Wido's und der drei Ottonen***), sondern auch Glossen und Abhandlungen hinzugefügt.

Die Handschriften des Liber legis Langobardorum und der Lombarda.

Im Anfange des XI. Jahrhunderts ist die chronologische Sammlung der Edicte, nachdem die italienischen Capitulare der deutschen Könige darin aufgenommen waren, durch die Juristen der Rechtsschule von Pavia überarbeitet worden. Die Ueberarbeitung, welche wir das Papienser Rechtsbuch nennen, führt in den meisten Handschriften den Namen Liber legis Langobardorum; einmal findet sich schon der Name Lex Lombarda****). Die Paveser Juristen haben alles scheinbar überflüssige und unpraktische planmäßig ausgeschieden, so namentlich viele Prologe Liutprands, die Gesetze Aistulfs aus dem ersten Jahre seiner Regierung, von welchen nur das Cap. 8 in einige Handschriften und daraus in die Lombarda übergegangen ist (L. 13 Lomb. II. 9), endlich alle nicht zum Edict gehörenden, also die transitorischen und die in brevi erlassenen Verordnungen. Die inzwischen erlassenen italischen Gesetze Wido's, der drei Ottonen und Heinrichs II. wurden da-

*) S. oben.

**) Muratori Rerum italicarum Scriptores T. I. P. II. p. 13. Pertz Archiv V. 264 — 267, und Monumenta Leg. I., praef. p. 33.

***) Heinrich II. Gesetze v. 1018 — 1020 sind von späterer Hand nachgetragen.

****) Im Codex Eusemianus jetzt Parisiensis suppl. latin. n. 1109 (saec. XI. ex.) lautet die Schlußnote: *Explicit lex Lombarda.* Dolleoni bei Canciani II. 462.

Digitized by Google

gegen hinzugefügt, die Sprache wurde verbessert und der Text durchgängig glossirt und durch Formeln erläutert. Der Liber legis Langobardorum ist wahrscheinlich unter Heinrich II. zwischen 1020 und 1024, sicher aber vor 1037 entstanden, denn das wichtige Gesetz Konrads des Saliers v. J. 1037 über die Lehensfolge sowie die Gesetze Heinrich III. sind nur als Nachträge am Schlusse hinzugekommen und unglossirt geblieben.

Die Handschriften des Papienser Rechtsbuches, welche bei Merkel, Geschichte des Langobardenrechts S. 20. 21, classificirt und verzeichnet sind, konnten von dem Herausgeber, dessen Zweck die Wiederherstellung der Edicte in ihrer ältesten und ursprünglichen Gestalt war, nicht berücksichtigt werden. Jene Handschriften sind zwar von großem historischen Interesse, allein sie geben uns nur denjenigen Text des Langobardenrechts, welcher im XI. und einem Theile des XII. Jahrhunderts der gebräuchliche war. Wo es darauf ankam, auch diese Recension in den Kreis der Betrachtung zu ziehen, hat sich Besme an die Ausgaben gehalten. Denn mit Ausnahme der Heroldischen Edition liegt der Papienser Text sämmtlichen bisher erschienenen Ausgaben zu Grunde, er ist durch Muratori und Canciani zu allgemeiner Verbreitung gelangt.

Noch weniger aber als die Handschriften des Liber Papiensis konnten für die Ausgabe der Edicte die Handschriften der systematischen Sammlung oder der Lombarda benutzt werden. Denn der Text der Lombarda ist nicht den Edicten in ihrer ursprünglichen Gestalt, sondern dem Papienser Rechtsbuch entlehnt. Die Lombarda enthält kein Gesetz, was nicht in dem Liber Papiensis aufgenommen oder ihm nachträglich hinzugefügt war; dagegen sind die Jahreszahlen, die Prologe und Epiloge weggelassen, an einzelnen Stellen sind die Epiloge zu den Gesetzen selbst gezogen. Die Verfasser dieser am Ende des XI. Jahrhunderts bereits vollendeten Sammlung scheinen bei der Anordnung des Rechtsstoffes das Vorbild des Codex Justinianus vor Augen gehabt zu haben. Die Grundlagen aber für die systematische Eintheilung bildeten ohne Zweifel die Rubriken, welche sich schon in Rotharis, Grimualds und Liutprands Edicten finden, und welche zum Theil wörtlich herübergenommen sind. Die Ausgabe von Besme hat uns nebst den Edicten selbst auch diese Rubriken in ihrer ursprünglichen Gestalt wiedergegeben. Die Handschriften der Lombarda

Digitized by Google

sind weit zahlreicher als jene der Edicte und das Liber Papiensis auf uns gekommen, weil sie die vorhergehenden Sammlungen allmählich vollständig verdrängte*) und noch bis in das spätere Mittelalter in Gebrauch war. Wir zählen 26 theils vollständige theils unvollständige Lombarda-Handschriften, welche dem Zeitraum vom Ende des XI. bis zum XIV. Jahrhundert angehören.

Vesme hat noch einige Handschriften der chronologischen Sammlung erwähnt, von denen wir entweder nur Bruchstücke besitzen, oder welche gänzlich verloren gegangen zu seyn scheinen (p. XLVI. u. f.). Unter diese gehört zuerst eine ehemals Helmstädter jetzt Wolfenbütteler Handschrift der Lex Baiuvariorum, welche am Schlusse Bruchstücke des Edictum Rotharis enthält. Vesme kannte sie aus Brums, Beiträge S. 113 — 121, welcher die Varianten nach Georgisch daraus mittheilte. Vesme hat jedoch diese Varianten nicht benutzt, und mit Recht, denn diese Fragmente erfordern eine neue Collation, die letzte Seite hat Brums überhaupt nicht entziffert. Der Codex selbst ist im J. 820, also vor Abfassung des Papienser Rechtsbuchs geschrieben. Die Stellen aus dem Edict, welche fol. 170 — 173 der Handschrift stehen, sind (Vesme) Rotharis c. 281 — 296, 299 — 351, 43 — 73, 76 — 79, 82, 81, 83 — 106, 109, 107, 108. Nach Merkels Vermuthung ist die Handschrift in Salzburg entstanden, und daraus erklärt sich die Aufnahme langobardischer Straf- und namentlich Diebstahlsgesetze als Anhang zu dem bayerischen Volksrecht, weil dieselben für den Gränzverkehr von Wichtigkeit waren. Denn der ganze Anhang führte die Ueberschrift De furta poena sunt., was wohl in finitimorum aufzulösen ist.

Verloren gegangen ist die Handschrift der Edicte, welche Herold seiner Ausgabe zu Grunde gelegt hat. Sie gehörte wahr-

*) Die Lombarda wurde bekanntlich zu Bologna bei den Vorlesungen benutzt und von den Romanisten wie von den Feudisten citirt. Daß aber auch das Papienser Rechtsbuch im XII. Jahrhundert daselbst noch nicht völlig verdrängt war, ersehen wir aus den von Merkel, Geschichte des Langobardenrechts S. 50 Anm. 27, angeführten Thatsachen. Einen weitern Beweis hiefür liefert die Stelle, welche Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter III. §. 163 d. aus der Summa decreti des Huguccio zu einem andern Zwecke mittheilt: Huguccio ad c. 36 c. 11 qu. 1 v. »in suis capitularibus.« Nam in Lombarda quae nunc

Digitized by Google

scheinlich dem Ende des X. Jahrhunderts an, da bereits caro-lingische Capitulare und selbst Glossen in den Text der Edicte als langobardische Gesetze aufgenommen sind. Auch Sigonius hat eine uns unbekannte Handschrift benutzt, aus welcher er in dem Werke De Regno Italiae die Prologe des Rothari, Grimuald, Liutprand de anno I., Rachis, Aistulf de anno V. theils vollständig, theils im Auszug herausgab*). Die Papiere des Sigonius befinden sich in der Ambrosianischen Bibliothek zu Mailand. Blanqui benutzte dieselben in seinen Noten zu Paulus Diaconus und druckte dort den Prolog des Rothari zum erstenmal vollständig ab**). Da sich jedoch am Schlusse der bekannte charakteristische Vers findet: *Rothar iura dedit quae lector prima videbit* so kann die Handschrift nur der Classe des Papienser Rechtsbuchs angehört haben, welcher solche Verse eigenthümlich sind.

Uebersehen hat Besme die in Zaccaria Excursus p. 153 f. erwähnte Handschrift des P. Stanislao Barbetti zu Modena und die Fragmente einer wohl für Salerno bestimmten griechischen Uebersetzung von Rotharis Edict, welche der Codex Parisiensis Gr. 1384 enthält***). Unsers Erachtens durfte die griechische Uebersetzung, welcher ein hohes Alter nicht abzusprechen ist, in der Besme'schen Edition nicht fehlen, und sie hätte in der Ausgabe eher eine Stelle verdient als einige nicht zum langobardischen Recht gehörende Stücke, welche in den Anhängen abgedruckt sind.

II. Die Ausgaben der langobardischen Gesetze.

Außer den Handschriften mußten für eine neue Edition auch die vorhandenen Ausgaben der langobardischen Gesetze in Betracht

---

est haec lex non invenitur, sed in pandecta, unde Lombarda tracta est. Quatuor enim, ut dicunt, fuerunt pandectae, scilicet Gothica, Romana, Gallica quae dicitur liber capitulorum sive capitularium, Lombardica. De Gallica et Lombardica compilatus fuit liber qui nunc Lombarda dicitur.

*) Venetiis 1574, Lib. II. ad a. 643, 668. Lib. III. ad a. 713, 746, 754.

**) Muratori Rerum Italicarum Scriptores T. I. P. I. p. 413, 414. Note 99.

***) Fragmenta versionis Graecae legum Rotharis Langobardorum regis, ex codice Paris. Gr. 1384 primus edidit C. E. Zachariae,

Digitized by Google

kommen; und zwar auch hier vorzugsweise, wenn nicht ausschließlich die der chronologischen Ordnung folgenden Ausgaben. Dieselben sind aber später erschienen als die der Lombarda. Denn diese wurde zuerst edirt von Boerius Lugduni 1512*), welche Ausgabe den späteren zu Grunde liegt**).

Von der ältesten unter den Ausgaben der chronologischen Sammlung ist bereits gehandelt worden. Es ist die Ausgabe von Herold in dessen Originum ac Germanicarum antiquitatum libri Basileæ MDLVII. p. 159 — 260. Man glaubt, daß Herold hauptsächlich einer Fuldaer Handschrift folgte, welche eine ganz eigenthümliche Classe gebildet haben muß. Denn die Gesetze der einzelnen Könige sind nicht fortlaufend gezählt, sondern in Titel und Paragraphen eingetheilt, ja es finden sich bereits Spuren einer systematischen Zusammenstellung (Vesme p. LI) von Capiteln, welche denselben Gegenstand behandeln, so daß die Heroldische Ausgabe oder die ihr zu Grunde liegende Handschrift nicht der Classe der ältesten rein chronologischen Sammlung zugezählt werden kann, sondern zwischen dieser und der Classe des Papienser Rechtsbuchs steht. Dadurch aber zeichnet sich die heroldische Ausgabe vor allen bisherigen aus, daß sich die Prologe und Epiloge der zehn ersten Bücher von Liutprands Edict in derselben finden, welche nur in wenigen Handschriften vorkommen.

Auch von den nachfolgenden Ausgaben ist bereits erwähnt worden, daß sie keineswegs das langobardische Edict in seiner ursprünglichen Gestalt, sondern im Wesentlichen den Text des Papienser Rechtsbuchs enthalten. Die Ausgabe von Muratori, Rerum Italicarum Scriptores T. I. P. II. (1723) p. 1 — 93, ist die Grundlage für

---

Heidelbergae 1835. Nachdem wir die Vesme'sche Ausgabe der Edicte besitzen, ist eine kritische Vergleichung der griechischen Uebersetzung mit dem lateinischen Text erst möglich geworden.

*) Vesme führt p. XLIX. an, die Editio princeps sey erschienen Lugduni apud Marquardum Freherum. Sie erschien vielmehr s. l. et a. und ist bei S. Vincent. Lyon 1512 gedruckt. S. Gengler deutsche Rechtsgeschichte im Grundrisse I. 183.

**) Vgl. Gengler a. a. O. I. 183, 184. Lindenbrog gab einen bessern Text als Boerius heraus, er benutzte mehrere und gute Handschriften. Daß er aber nach Boerius collationirte, dieß geht aus einer eigenhändigen Note Lindenbrogs hervor, welche in der Lombarda-

Digitized by Google

alle spätern geworden. Muratori hat bekanntlich das eigenthümliche Verfahren beobachtet, daß er den Text zunächst aus der Ausgabe der Lombarda von Goldast (Collectio consuetudinum et legum Imperialium, 1613, T. III. p. 11) entlehnte. Er gab jedoch die systematische Eintheilung auf, und ordnete die Gesetze nach der Reihenfolge des Codex Estensis, der wichtigsten Handschrift des Liber Papiensis (Merkel, Geschichte des Langobardenr. S. 20). Aus dieser Handschrift nahm er die Prologe von Rothari, Grimuald, Liutprand, Rachis und Aistulf und fügte aus Sigonius Liutprands Prolog de anno I. hinzu. Diejenigen Gesetze, welche im Codex Estensis fehlten, setzte er aus Goldast an das Ende des Edicts desjenigen Königs, dessen Namen sie trugen, so Rotharis c. 364 und Liutprand c. 64. Aus dem Codex Cathedralis Mutinensis I. 2, welcher das Werk des Lupus enthält, entlehnte er Rotharis c. 386 und druckte auch einige Formeln aus dem Codex Estensis ab. In den Anmerkungen aber gab er einen vollständigen kritischen Apparat aus beiden Handschriften, seltener aus den oben erwähnten beiden Mailänder Codices Ambrosiani, O. 53, 55. Die Heroldische Ausgabe hat Muratori nicht benutzt. Dagegen ließ er das Register und die in seiner eigenen Ausgabe fehlenden Prologe Liutprands aus Herold im Eingang abdrucken. Muratori's Ausgabe ist allerdings die erste streng chronologische, da jedoch der Text aus der Lombarda geschöpft und hauptsächlich aus einer Handschrift des Liber Papiensis verbessert ist, so weicht er von dem der Edicte selbst weit ab.

Muratori's Text wurde abgedruckt von Georgisch in dessen Corpus iuris Germanici antiqui. Halae 1738, p. 913 — 1284. Die Anmerkungen sind weggelassen, jedoch sind die in den letzteren angegebenen Lesarten sowie die Texte von Boerius und Lindenbrog zu Aenderungen benutzt. Aus Herold nahm Georgisch die bei Muratori fehlenden Jahreszahlen und Prologe zu Liutprand. Auf diese Weise ist nun der Text bei Georgisch besser als

---

handschrift S. Victoris n. 87 zu Paris steht: *Contuli cum edito codice Lugdunensi Frid. Tilliobroga German.* 1600. S. Anschütz in Pertz Archiv XI. 229.

Digitized by Google

der des Muratori geworden, neues Material aber ist nicht in ihr enthalten.

Auch Canciani schloß sich an Muratori an, er druckte die langobardischen Gesetze in der von letzterem festgestellten Reihenfolge ab, setzte aber an die Stelle des Textes von Goldast den von Lindenbrog. Canciani Barbarorum leges antiquae, Venetiis 1781 — 1792, T. I. p. 58 — 148. 148 — 239. Auch eine Collation des Textes bei Muratori mit dem bei Herold fügte er hinzu (p. 240 — 243), ohne sie jedoch zu benutzen. Die eigenen Bemerkungen Canciani's sind ohne Werth. Werthvoller dagegen ist dasjenige, was Canciani im II. und V. Bande seiner Sammlung aus der Literatur des Langobardenrechts herausgab. Dort ist aus dem Codex Veronensis Eusemianus, jetzt Parisiensis suppl. latin. n. 1109, ein großer Theil des juristischen Apparates von Glossen und Formeln abgedruckt, welchen die Papienser Juristen zum Liber legis Langobardorum verfaßt haben. Canciani erhielt die erste Kunde von dieser Handschrift durch den Canonicus Dolleoni von Belluno, dessen Sendschreiben bei Canciani II. 459 — 478 steht. Für die Vesme'sche Ausgabe waren diese Stücke ohne Werth, da sie sich nicht auf die älteste Recension der Edicte beziehen.

Größeren Werth als alle vorhergehenden hat die Ausgabe von Walter in dessen Corpus juris Germanici, 1824, T. III. p. 683 — 838. Zu Grunde liegt der Text von Muratori und Georgisch; zur Verbesserung desselben sind jedoch alle bis dahin durch den Druck bekannt gewordenen Hülfsmittel benutzt worden, namentlich die Ausgabe des Herold und die im IV. Bande von Pertz Archiv von Bluhme aus den Codd. Ambrosianus, Cavensis und Vaticanus mitgetheilten Stücke. Die Prologe und Epilogе des Liutprand sind vollständiger wiedergegeben, die von Canciani publicirten Glossen und Formeln sind an den entsprechenden Stellen des Textes eingerückt, die beiden Capitula Rachis in brevi sind nach Bluhme abgedruckt.

Die letzte, noch unvollendete Ausgabe ist die von C. Troya in dessen Codice Diplomatico Longobardo, Napoli 1845 f. Die langobardischen Edicte sind nicht als geschlossenes Ganze, sondern als einzelne Gesetze in diese Sammlung aufgenommen worden, wo sie in chronologischer Reihenfolge mit andern geschichtlichen Docu-

Digitized by Google

menten stehen. Der zweite Theil (1853) enthält die Edicte von Rotharis und Grimuald, der dritte (1853) die Gesetze Liutprands mit Ausschluß des Memoratorium de mercede Comacinorum, der dritte wird das Memoratorium und die Edicte des Rachis und Aistulf umfassen. Die Ausgabe von Troya hat das Eigenthümliche, daß sie getreu die Handschrift von La Cava wiedergeben soll. Doch ist dieser Zweck nur unvollständig erreicht, denn die Lücken der Cavenser Handschrift sind aus andern Ausgaben ergänzt. Die Troya'sche Ausgabe ist mithin von geringem kritischen Werth; Vesme bemerkt sogar (p. LVIII.) daß die von ihm benutzte Abschrift des Codex cavensis genauer als der Abdruck bei Troya sey.

III.

Der Text der Vesmischen Ausgabe.

Nicht alle unter den oben aufgezählten Handschriften der chronologischen Sammlung sind von Vesme vollständig benutzt worden. Vollständig collationirt wurden nur die Handschriften von Vercelli, St. Gallen (mit Ausschluß der Züricher Fragmente), Ivrea, La Cava, Madrid.

Die Grundlage des Textes bildet der Codex Vercellensis. Diese Wahl ist unbedingt zu billigen: denn ein höheres Alter kommt nur der St. Galler Handschrift zu; diese umfaßt aber nur Bruchstücke des Edictum Rotharis, so daß durch die Ergänzung des Codex von Vercelli aus dem von St. Gallen eine bunte Mischung entstanden wäre. Auch ist die St. Galler Handschrift weniger sorgfältig und mit vielen orthographischen Eigenthümlichkeiten geschrieben. Die St. Galler Fragmente sind also nur zur Collation des Vercelleser Textes und zur Verbesserung einzelner Lesarten benutzt worden. Während nun die Orthographie der St. Galler Handschrift mehr der Willkür des Abschreibers anzugehören scheint, darf dagegen aus hinreichenden Gründen vermuthet werden, daß die Orthographie des Codex von Vercelli die ursprüngliche der Edicte ist. Denn sie wechselt mit den Gesetzen der drei Könige, deren Edicte der Codex enthält, innerhalb der drei Gesetzgebungen aber bleibt sie ziemlich constant. Diese Thatsache liefert

Digitized by Google

zugleich einen Beweis für die Aechtheit des Textes: denn jener Wechsel der Orthographie, der auch durch die Handschrift von Ivrea bestätigt wird, kann nur aus den Originalen der Edicte herübergenommen seyn. Diese Ansicht wird noch durch die Uebereinstimmung bestätigt, welche zwischen den im Register zu Liutprand ausgeschriebenen Anfangsworten der Gesetze und dem Texte selbst besteht. Denn das Register ist nicht erst vom Schreiber der Vercelleser Handschrift verfaßt, sondern mit dem Texte zugleich aus dem Original entlehnt, und jene Uebereinstimmung beweist, daß der Abschreiber sich keine willkürlichen Anordnungen erlaubt hat. Alles dieß bezieht sich nur auf die alte Schrift des Codex. Die Ergänzungen desselben aus dem X. Jahrhundert sind nicht von gleichem Werth, obgleich sie auch gute Lesarten enthalten (s. oben).

Zur Verbesserung des Vercelleser Textes sind die Handschriften von St. Gallen, Ivrea, Madrid und La Cava gleichmäßig benutzt worden. Auch die Lücken, welche der Vercelleser Codex hat, sind auf diese Weise und nicht aus einer bestimmten Handschrift ergänzt. Dieß gilt also vor allem von Aistulfs und Rachis Edicten, welche im Vercelleser Codex ganz fehlen. Doch ist in diesen Stücken vorzugsweise auf die Handschrift von Ivrea Rücksicht genommen worden, welche sowohl in den Lesarten als in der Schreibweise der von Vercelli am nächsten steht.

Nur theilweise collationirt wurden die beiden Pariser Handschriften 4613 und 4614 und zwar für diejenigen Theile, welche im Codex vercellensis fehlen; sie geben beide einen guten Text. Nur für Rotharis Prolog und die Capitula Rachis ab Edicto aliena wurden benutzt die Codices Vaticanus und Guelferbitanus, der letztere auch für das Memoratorium de mercedibus Comacinorum, endlich noch der Codex cathedralis Mutinensis für die Origo gentis Langobardorum vor Rotharis Edict.

Die abweichenden Lesarten der benutzten Handschriften sind in den kritischen Noten abgedruckt, welche einen selbstständigen Theil der Ausgabe bilden (p. 262 — 455).

Man kann sich mit dem von dem Herausgeber eingeschlagenen Verfahren in der Textbereitung im allgemeinen einverstanden erklären, nur nicht damit, daß nicht alle Handschriften der chronologischen Sammlung vollständig collationirt worden sind. Denn

Digitized by Google

die Ueberzeugung, daß eine bestimmte Handschrift nichts brauchbares enthalte, kann, wenn die Identität des Textes sonst feststeht, erst vermittelst einer durchgehenden Collation begründet werden. Der Herausgeber eines Textes muß jedenfalls eine genaue Kenntniß des vorhandenen Materials haben. Hieraus folgt noch keineswegs, daß er dem Leser auch von den werthlosen Lesarten Kenntniß geben müsse. Zeigt doch das Beispiel des Codex Gothanus, daß eine scheinbar schlechte Handschrift in einzelnen Theilen brauchbarer und vollständiger als eine andere seyn kann.

Wenn wir es nun auch für möglich halten, daß durch die Benutzung der von Vesme unberücksichtigt gelassenen Materialien und durch zweckmäßigere äußere Anordnung eine Ausgabe des Langobardenrechts verfaßt werden kann, welche den Anforderungen des gelehrten Publicums noch mehr als die Vesme'sche entspricht, so wird die Vesme'sche Edition doch immer die Grundlage jeder nachfolgenden bilden, welche darauf ausgeht, die langobardischen Gesetze in ihrer ursprünglichen Gestalt wieder herzustellen. Denn das ist der bleibende Ruhm dieser Edition, eine solche Wiederherstellung zum erstenmal versucht zu haben.

Der Werth des Vesme'schen Werkes ist nicht allein ein juristischer, sondern auch ein sprachlicher. Die Geschichte der deutschen Sprache gewinnt durch die zahlreichen in ihrer ursprünglichen Gestalt wiedergegebenen altlangobardisch-germanischen Worte ein werthvolles Material; nicht weniger aber wird die Entwicklungsgeschichte der romanischen Sprachen aus der Wiederherstellung des Lateins jener Zeiten Nutzen ziehen.

Die Vesme'sche Edition unterscheidet sich von allen früheren Ausgaben, wenn wir von der Verbesserung des Textes im Einzelnen absehen, hauptsächlich in folgenden Punkten.

An der Spitze der Edicte erscheint bei Vesme zum erstenmal die Origo gentis Langobardorum oder wie sie Vesme nennt, das Chronicon Rotharis, das älteste Denkmal langobardischer Geschichtschreibung, welche eine kurze Volksgeschichte enthält. Sie war die Hauptquelle für Paulus Diaconus, welcher an einer Stelle selbst auf sie verweist (Geschichte der Langobarden I. 21). Wir kannten dieses historische Denkmal aus der Blüthezeit langobardischer Macht bis jetzt nur aus der deutschen Uebersetzung von

Digitized by Google

O. Abel, Paulus Diaconus (p. 3 — 8.), welcher einen bereits 1846 erschienenen Abzug der Vesme'schen Edition zu Grunde legte*). Ueber das Alter und die Bedeutung dieser Volksgeschichte s. Vesme p. LXXI — LXXXII und Bethmann in Pertz Archiv X. 351 — 365 und 247 f.

Das Edictum Rotharis zählt bei Vesme 388 Capitel, in dieser Zählung stimmen die Handschriften von Vercelli, Ivrea und La Cava überein. Die alten Rubriken, welche sich an einzelnen Stellen im Edicte finden, und an welche sich zweifelsohne die Rubriken der Lombarda angeschlossen haben, sind in der alten Sprache wieder hergestellt. Ein Gesetz des Rotharis, welches Muratori und die ihm folgenden Ausgaben als cap. 255 des Edicts geben, ist von Vesme als unecht nachgewiesen worden. Es fehlt in sämmtlichen Handschriften des Edicts, nur im Codex Eporediensis ist es von späterer Hand nachgetragen; dagegen findet es sich in den Handschriften des Papienser Rechtsbuchs und in der Lombarda, in welche es als L. 10 Lomb. de debitis et quadimoniis II, 21 aufgenommen ist. Das Capitel ist kein Gesetz, sondern eine Glosse aus der Carolingischen Periode. Vesme hat es jedoch der Vollständigkeit wegen als Cap. 250ª abdrucken lassen. Vgl. p. 321.

Liutprands Edict ist in fünfzehn Volumina nach den Jahren der Gesetzgebung, nicht wie bei Muratori in sechs Bücher eingetheilt. Vesme hat wie Walter eine doppelte Zählung angenommen, eine durch das ganze Edict durchlaufende und daneben eine Zählung der einzelnen Capitel der Volumina. Beide Zählungen finden sich in den Handschriften. Die Prologe und Epiloge sind zum erstenmal vollständig abgedruckt, auch das Edict selbst ist durch einige bisher unedirte Gesetze vermehrt, es zählt bei Vesme 156 Capitel. Zu den neu edirten Gesetzen gehört Liutprand c. 29. Es fehlt in den Ausgaben; nur Muratori und Canciani druckten es in den Anmerkungen zu Liutprand IV, 4 ab, Georgisch und und Walter haben es weggelassen. Auch fehlt es in den Handschriften von Vercelli und Ivrea, doch wird die Aechtheit durch die Cdd. Cavensis, Matritensis, Guelferbitanus, und Parisiensis 4613 bestätigt. Im letzteren steht es nach dem Epilog zum vier-

*) S. O. Abel a. a. O. p. VII.

Digitized by Google

ten Volumen (de anno IX), und im Cavensis bildet es mit dem Epilog ein Ganzes. Hieraus ist zu schließen, daß das Gesetz erst nach Publication des vierten Volumens erlassen wurde, so daß es keine bestimmte Stelle im Edicte hatte; einige Handschriften haben es daher auch ganz übergangen. Auch noch eine andere Auslegung ist möglich. Vergleicht man nämlich Liutprand c. 22 oder IV. 4 mit Liutpr. 29, so ergibt sich eine große Uebereinstimmung beider. Demnach möchte das Cap. 29 zu denjenigen Gesetzen gehören, welche, nachdem sie einseitig von Liutprand erlassen worden, später durch Volksschluß in das Edict aufgenommen wurden. Das cap. 29 würde also die frühere Recension von Liutprand c. 22 oder IV, 4 seyn. Vgl. Vesme p. XCVII. Aehnlich verhält es sich auch mit Liutprand c. 64 in den Ausgaben VI, 101. Dieses Capitel fehlt in einigen Handschriften und in den übrigen steht es nicht immer an derselben Stelle, so daß auch dieses Gesetz erst später in das Edict aufgenommen zu seyn scheint. In allen frühern Ausgaben, jedoch in keiner Handschrift weder der chronologischen Sammlung noch des Liber Papiensis findet sich das unächte Gesetz Liutprand VI, 102, bei Vesme c. 155ª. In der Lombarda bildet es das c. 23. II. 21; auch Herold wird es aus der Lombarda genommen haben. Dieses Gesetz ist ursprünglich nur Glosse zu L. 22 Lomb. II. 21 (Liutprand c. 107) gewesen, und erst später in den Text gekommen. Der Nachweis läßt sich auch aus den Lombardahandschriften führen. Vgl. Merkel im Archivio storico italiano Append. (1847) III, 714. Die Beziehung dieses unächten Stückes zu §. 1. Inst. IV, 12 ist unverkennbar. Wohl ohne Grund hat Vesme ferner ein anderes Gesetz abgedruckt, Liutprand c. 155ᵇ L. 6 Lomb. II, 41, welches nur bei Herold und in einigen Lombardahandschriften unter Liutprand steht, in unsern Ausgaben aber mit Recht dem Pippin zugeschrieben wird, denn es ist Pippini italiae regis cap. 35, Pertz Monumenta Legum I. 47.

Unedirt waren bis jetzt auch Liutprand c. 156. Bei diesem Gesetze ist aber der Herausgeber in eigenthümlicher Weise verfahren. Den Anfang dieses Gesetzes enthält allein der Codex Vercellensis im Register, denn der Text selbst ist mit den letzten Blättern der Handschrift verloren gegangen. Vesme hat nun jene Worte aus dem Register des Codex Vercellensis abgedruckt.

Digitized by Google

und den Rest aus c. 16 des langobardischen Capitulars Karls d. Gr. a. 802, Pertz Legum I. 105, ergänzt. Die Ergänzung *sed domini — amant* ist mit kleineren Buchstaben gedruckt. Vesme hat hiebei vorausgesetzt, daß das verloren gegangene Gesetz Liutprands in dem karolingischen Capitular republicirt sey. Vgl. Vesme p. 404. Diese Annahme scheint uns jedoch unbegründet. Die Worte *sicut lex jubet* im Capitular betreffen den allgemeinen Rechtssatz *ipsi (domini) rationem pro servos reddant* und brauchen keineswegs auf das Gesetz Liutprands bezogen zu werden.

Karoli M. Capitulare a. 802. c. 16 (Pertz Leg. I. 105.	Liutprand c. 156. (c. XII. de anno 23. 735.)
[Jubemus enim, ut propter ullam districtionem quem nos facere iubemus aut quibuslibet causis servi non mittantur in districtionem,] sed [per missos vostros vel] domini eorum [aut illorum advocati] ipsos servos distringant, et ipsi [sicut lex iubet] rationem pro servos reddant, utrum culpabiles sint, an non. Ipsi vero domini distringant et inquirant servos suos sicut ipsi amant.	Et hoc enim statuemus, ut nullus judex neque actor aut qui super furonis erit nuscuntur non presumat servum aut aldionem alterius conprehendere pro furto aut alia culpa. — sed domini eorum ipsos servos distringant, et ipsi rationem reddant, utrum culpabiles sint an non. Ipsi vero domini distringant et inquirant servos suos sicut ipsi amant.

Weit näher scheint uns die Verwandtschaft von Liutprand c. 156 mit Aistulf c. 9 (de anno I.) zu liegen.

Die wichtigste Neuerung aber in Liutprands Edict ist die Aufnahme zweier Gesetze, welche bereits von Pertz unter den langobardischen Capitularien herausgegeben sind. Es sind dieß Liutprand c. 139, 140 (c. 10. 11 de anno XXI). An dieselben schließen sich zwei weitere Gesetze Liutprands an, welche Vesme im dritten Anhang als außerhalb des Edictes stehende Verordnungen (Notitiæ) dieses Königs abgedruckt hat. Diese vier Gesetze bilden nach Vesme ein Ganzes, doch nur die beiden ersten sind in das Edict aufgenommen worden. Bei Pertz stehen sie sämmtlich unter den Capitularien, und zwar an zwei verschiedenen Stel-

Digitized by Google

len. Einmal unter den Capitularien Pippini Italiae regis a. 808, 809. Leg. I. 153, 157, aus dem Codex S. Pauli in Karinthia; dann wieder unter den Capitularien Klotharii I. a. 832, Leg. I. 364, aus einer Handschrift der Bibliothek Chigi in Rom, welche oben bei Beschreibung des Codex Matritensis erwähnt worden ist (S. 260). Der langobardische Ursprung wird durch die Handschriften nur für zwei unter jenen vier Gesetzen bestätigt. Das Register im Cod. Vercellensis zählt zwei derselben als Liutprand c. 139, 140 auf, von der Rubrik zu c. 140 sind jedoch nur drei Buchstaben erhalten; im Texte selbst steht die erste Hälfte des cap. 139 auf dem letzten Blatte, in der Mitte des Capitels bricht die Handschrift ab. S. oben S. 251. Vesme nahm die zweite Hälfte aus Pertz. Liutprand c. 140 ist im Cod. Eporediensis von der Hand des Glossators aus dem X. Jahrhundert auf dem ersten Blatte vor dem Edict ohne weitere Bezeichnung nachgetragen, und in der Glosse zu Liutprand c. 137 desselben Codex ist auf jenen Nachtrag ausdrücklich verwiesen. S. Vesme zu Liutprand c. 139, 140 und zu Appendix III. Die beiden im dritten Anhang abgedruckten Capitel hat Vesme nur deßhalb aufgenommen, weil sie mit den beiden ersten ein Ganzes bilden. Nun muß zwar gegen Vesme geltend gemacht werden, daß die Autorität des Nachtrags im Cod. Eporediensis in dieser Frage nichts entscheidet. Gleichwohl stehen wir nicht an, den langobardischen Ursprung sämmtlicher vier Gesetze anzuerkennen. Da sie nun zugleich auch als Capitularien vorkommen, so liegt es nahe, eine erneuerte Publication derselben anzunehmen. Die erste aber sowohl als die zweite Frage erfordern eine so genaue Betrachtung dieser und anderer Gesetze sowie aller entscheidenden Handschriften, daß wir die weitere Ausführung unserer Ansicht an einem andern Ort geben müssen.

Als Nachtrag zu Liutprands Edict ist das Memoratorium de mercedibus Comacinorum abgedruckt, welches von Vesme zum erstenmal edirt worden ist. Diese Verordnung über das Bauwesen findet sich in sechs Handschriften der Edicte, in den Handschriften von La Cava, Madrid, Ivrea, Paris 4613, Wolfenbüttel und Gotha. Die Gothaer Handschrift hat Vesme nicht benutzt. Der Codex Eporediensis setzt die Verordnung noch zu Grimuald, die Wolfenbütteler Handschrift enthält sie zweimal, einmal unter Gri-

Digitized by Google

mualb, das zweitemal unter Liutprand, so daß eine zweifache Recension angenommen werden muß. Die übrigen Handschriften stellen sie zu Liutprand. Wie lehrreich diese Verordnung für die Kenntniß des langobardischen wie des römischen Bauwesens ist, zeigt der gelehrte Commentar, welchen der Turiner Professor C. Promis zu diesem Gesetze geschrieben hat, und welcher im XI. Anhang der Vesme'schen Edition gedruckt ist. Leider aber bezieht sich dieser Commentar nur auf denjenigen Text, welchen Vesme bereits 1846 in einigen Exemplaren edirt hatte. Inzwischen erfolgte die Benutzung der Handschrift von Wolfenbüttel, so daß der Text der Vesme'schen Edition von jenem älteren des Commentars abweicht. Der ältere Text des Memoratoriums wurde nach Vesme auch herausgegeben von A. Reumont im Kunstblatt 1847 Nr. 30, 117 — 119 und von Merkel im Archivio storico Italiano Append. III. (1847) p. 707. Den neueren Text dagegen sammt dem Commentar enthält der Abdruck von Neigebaur, Regum Langobardorum Leges de structoribus, München 1853; hier ist der Commentar dem neuern Texte angepaßt. Vesme hat zu diesem Zwecke die Aushängebogen der damals noch unvollendeten Edition an Neigebaur überlassen (p. LXII). Wie sehr aber der letztere mit dem Gegenstand, den er abdrucken ließ, vertraut war, geht daraus hervor, daß er in dem Vorwort das Memoratorium eine lex Rotharis nennt.

In sehr veränderter Gestalt erscheint das Edictum Rachis. Es zählt bei Vesme 14 Capitel, bei Muratori dagegen neun. Voranstehen vier Capitel, welche Vesme mit dem Namen Notitia bezeichnet. Diesen Namen wählte Vesme nach dem Vorgang von Liutprand c. 139 für alle diejenigen Verordnungen, welche einseitig von den Königen erlassen und nicht in das Edict aufgenommen worden sind. Der Herausgeber hat über diese Classe von Gesetzen ausführlich gehandelt (p. LXXXIX. 5.). Jene vier ersten Capitel des Rachis haben bei Vesme die Stelle erhalten, welche sie in den Cod. Matritensis und Parisiensis 4613 einnehmen; sie stehen vor dem Prologe, denn sie bilden eine von Rachis vor dem Edict erlassene Verordnung. Da aber der Gegenstand dieser Gesetze durch das später erlassene Edict selbst geregelt wurde, so verloren sie ihre Bedeutung und fielen in den meisten Handschriften aus. Jene vier Capitel waren bisher nur edirt von

Digitized by Google

Troya aus der Handschrift von La Cava (Storia d'Italia del medio evo Vol. I. P. IV. Napoli 1843, App. p. 71 f. und Della condizione de Romani vinti da Longobardi, Milano 1844. p. 485 f.). Troya druckte sie mit andern unedirten Stücken von Rachis und Aistulf, jedoch nicht vollständig und aus einer ungenauen Copie ab. Ein Plagiat Troya's unter Benutzung von Walters Ausgabe der gleich zu erwähnenden Capitula Rachis in brevi ist die angeblich auf eigenen Quellenstudien beruhende Schrift von Petit de Baroncourt, De Regum Langobardorum Rachidis Aistulfique recentius repertis legibus, Parisiis 1847*).

Weggeblieben ist die Stelle bei Muratori Rachis c. 8 *si quis inquirit — socientur.* Dieselbe fehlt in allen Handschriften des Edicts, sie ist eine Glosse aus dem Papienser Rechtsbuch.

Den Schluß von Rachis Edict bilden die beiden Capitula Rachis in brevi, welche Bluhme zuerst aus dem Codex Vaticanus edirte. Pertz Archiv IV. 379 f. Aus Bluhme giengen sie über in die Ausgabe von Walter**). Unvollständig stehen sie noch in den Handschriften von La Cava und Wolfenbüttel. Die Capitula in brevi sind Instructionen für Beamte, oder temporäre Gesetze, welche zwar verfassungsmäßig wie die Edicte erlassen, den letztern aber nicht einverleibt wurden. *Ista, quae superius scripta tenentur*, heißt es in Rachis Prolog, *in Edictum scribantur, et ista duas capitula desubtus in brevi previdimus statuere.* Das Cap. 2 in brevi ist besonders deßhalb wichtig, weil in demselben einer ähnlichen Einrichtung wie die der Schöffen, aber ohne den Namen derselben gedacht wird: *(Judex) advocit alios conlibertus qui sciunt iudicare.*

Aistulfs Edict aus dem ersten Jahre seiner Regierung war bis jetzt nur von Troya in den angeführten Schriften edirt. Die Ausgaben kennen nur das Edict de anno V. Ein Auszug aus dem achten Capitel Aistulfs de anno I. ist in einigen Handschriften des Papienser Rechtsbuchs und daraus in die Lombarda übergegangen, L. 12 Lomb. de prohib. nupt. II. 8***). Allein an beiden Stellen wird es andern Gesetzgebern zugeschrieben, und

*) Citirt bei Gengler, deutsche Rechtsgeschichte S. 193.

**) Vgl. Gengler a. a. O. S. 192.

***, Nicht L. 13 Lomb. II. 9 wie Vesme p. 428. 510 angibt.

Digitized by Google

so steht es auch bei Pertz Leg. I. 193 als Anhang zu den Capitularien Karls d. Gr. und Leg. I. 528 als Anhang zu Ludwig II. Das Edictum de anno I. ist nur in den Handschriften von Madrid, La Cava und Paris 4613 erhalten. Die Aechtheit derselben wird durch die Chronik des Mönchs vom Berge Soracte aus dem X. Jahrhundert bestätigt, welcher die Veranlassung des Edicts mittheilt (Pertz Monumenta Scriptorum III. 703. Vesme p. LXXXVI. Merkel Geschichte des Langobardenrechts S. 18). Das erste Capitel des Edicts widerrief die von Rachis und dessen Gemahlin Tatsia gemachten Schenkungen; aus diesem Grunde scheint das ganze Edict unter Desiderius, der die Anhänger des Rachis gewinnen wollte, wieder beseitigt worden zu seyn.

Ueberblickt man die Zahl der dem alten Texte theils neu hinzugefügten theils gestrichenen Gesetze, so ergibt sich schon allein hierdurch die große Wichtigkeit der neuen Ausgabe. Diese Wichtigkeit wird noch erhöht, wenn wir die gänzlich neue Gestalt des Textes selbst ins Auge fassen, auf dessen Einzelheiten einzugehen wir uns versagen müssen. Erst jetzt ist es möglich geworden, das langobardische Recht in seiner ursprünglichen Gestalt zu erkennen, und eine Reihe der neuen Lesarten beweist, daß die bisher üblich gewesenen das Product der Neuerung und häufig der Einwirkung römischer Rechtsbegriffe waren. Man darf sagen, daß es keinen Zweig der Rechtsgeschichte gibt, welcher nicht durch die Benutzung des neuen Textes bereichert werden würde. Zugleich ist mit der Wiederherstellung der Edicte in ihrer ursprünglichen Gestalt auch die Grundlage gewonnen, von welcher aus sich die ganze Entwicklung des Langobardenrechts bis zur Lombarda und darüber hinaus verfolgen läßt.

Es bleibt noch übrig von den Anhängen zu handeln, welche Vesme seiner Ausgabe der Edicte hinzugefügt hat. Es sind in denselben theils unedirte theils neu edirte Documente wiedergegeben, welche sich auf die Geschichte des langobardischen Staats und Rechts beziehen. Einzelne derselben sind unentbehrlich, dagegen können wir uns mit der Aufnahme mancher dieser Stücke nicht einverstanden erklären. So dürften der I. und II. Anhang kaum an dieser Stelle und mindestens nicht in dieser Gestalt erscheinen. Der erste Anhang enthält die Ueberarbeitung der Origo gentis Langobardorum, welche sich in der Gothaer Handschrift der

Digitized by Google

Edicte findet, das Chronicon Gothanum. Ueber dieses wie über das folgende Stück hat Bethmann in Pertz Archiv X. 363 f. gehandelt. Vesme druckte aber nicht das Original aus der Handschrift, sondern den höst uncorrecten Text aus Ritter, Codex Theodosianus T. II. (Lipsiae 1737) praef. ab. Der zweite Anhang ist ein Wiederabdruck des Auszugs aus Paulus Diaconus, welchen zuerst J. Fr. Christ in den Origines Longobardicae (Halae 1728) herausgegeben hat. Aus Christ steht dieses Stück auch in Pertz Archiv IV. 465; die Handschrift befindet sich auf der Universitätsbibliothek in Halle. Vesme benutzte wiederum nicht das Original, sondern die Ausgabe. Im dritten Anhang sind diejenigen Gesetze der langobardischen Könige zusammengestellt, welche nicht zur Aufnahme in das Edict bestimmt waren, sondern einseitig und ohne Zustimmung der Volksgemeinde erlassen worden sind. Einige dieser Verordnungen sind später dem Edicte noch einverleibt worden, wie die bereits erwähnten Liutprand c. 29. 64. 156 und das Memoratorium de mercedibus Comacinorum (Liutprand c. 157 — 164), die Cap. 1 — 4 von Rachis Notitia (S. oben S. 277). Außerhalb des Edicts aber blieben zwei Verordnungen Grimowalds, welche bereits Muratori aus dem Codex Mutinensis edirte, und die oben erwähnte Fortsetzung von Liutprand c. 139, 140, oder cap. 3. 4. der Notitia Liutprandi, welche Vesme aus Pertz Leg. I, 153. 157. 364 edirte.

So unentbehrlich die im dritten Anhang mitgetheilten Stücke für die Geschichte des Langobardenrechts sind, so wenig gilt dieß von den im vierten Anhang abgedruckten Capitularien. Derselbe enthält aus dem Codex eporediensis ein unedirtes Capitular Karls des Gr., welches Vesme in das Jahr 790 setzt und von welchem bis jetzt nur das letzte Capitel bekannt war. Pertz Monum. Legum I. 193. v. 20; ferner ein Capitel zu dem Capitulare Klotharii in Maringo a. 825. Pertz Mon. Leg. I. 241. Das abgedruckte Capitel selbst steht bei Pertz Leg. I. 228 unter Kludovici Capitularia Langobardica und in der Lombarda als L. 13. II, 35; Vesme sucht p. CV — CIX nachzuweisen, daß das von Pertz als Capitulare in Maringo edirte Gesetz ein Capitular Karls d. Gr. vom J. 805 sey.

Im fünften Anhang ist ein Gesetz des Beneventaner Herzogs Adelchis nach dem Codex Matritensis abgedruckt. Unedirt war

Digitized by Google

nur der Prolog. Vgl. die beneventaniſchen Capitularien bei Muratori Scriptor. T. I. P. II. 333 — 342, Canciani I. Append. 260 — 277.

Der ſechste Anhang enthält eine Abbildung derjenigen langobardiſchen Inſchriften, welche in Piemont gefunden worden ſind. Es ſind ſieben Grabſchriften, die älteſte vom J. 609, die jüngſte von 691, ſie ſind ſprachlich nicht unwichtig und liefern Daten für die Chronologie der langobardiſchen Könige.

Directere Beziehung zum Langobardenrecht haben diejenigen Stücke, welche in den Anhängen VII — IX. mitgetheilt ſind. Es ſind Gloſſen und Gloſſarien zu den Edicten. Die Gloſſen ſind aus der Handſchrift von Ivrea abgedruckt, ſie gehören dem X. Jahrhundert, alſo nicht der Periode der Papienſer, ſondern derſelben Zeit an wie die von Muratori aus den Mailänder Handſchriften edirten Quaestiones et monita. Dieſe Gloſſen, deren Text übrigens höchſt incorrect iſt, ſind beſonders durch die Erwähnung der Juſtinianiſchen Inſtitutionen wichtig, welche mit den Worten *justa Instituta* citirt werden. Gloſſe zu Liutprand c. 12 (Vesme p. 218) — *quoniam dicunt ut coniugium non potest fieri inter puerum et puellam antequam ambo pervenit et puberta* (in margine *perveniant a pubertate et puperta*) *in masculis XIIII annos completos et feminas duodecim annos completos justa Instituta.* (Pr. Inst. I, 10 I, 22). Unter den langobardiſchen Gloſſarien iſt das des Codex Cavensis das werthvollſte. Es ſcheint derſelben Quelle wie ein anderes, nicht mitgetheiltes, im Codex Vaticanus 5001 entlehnt zu ſeyn. Vgl. Pertz Archiv V, 132; X, 371. Das Caveſer Gloſſar wurde edirt von Maßmann in Haupts Zeitſchrift I, 561. Geringeren Werth hat das Bruchſtück des Gloſſars in der Madrider Handſchrift.

Endlich iſt im zehnten Anhang ein eigenthümliches hiſtoriſches Document abgedruckt, welches Vesme in einer Vercelleſer Handſchrift n. 76 saec. XI. in. fand. Es iſt eine untergeſchobene Verordnung gegen die Ehen und Kinder der Geiſtlichen, welche in dem Codex den römiſchen Kaiſern zugeſchrieben wird. *De Diaconorum, presbiterorum et episcoporum subole. Imperatores Theodosius et Honorius et Arcadius et Gratianus et Valerianus et Valentinianus Augustus ad aureum Praefectum urbis Romae. In septimo libro Gaii.* Vesme iſt nicht abgeneigt den

Digitized by Google

Verfasser dieser unächten Constitution in dem Bischof Leo von Vercelli zu erblicken, welcher unter Otto III. Pfalzbischof war, und bei den Streitigkeiten über die Ehen der Geistlichen im Vordergrund stand. Vgl. Vesme p. CXI. und Merkel Archivio storico App. III (1847), p. 728.

Den Beschluß des Vesm'eschen Werkes bilden ausgedehnte Uebersichtstabellen der verschiedenen Handschriften und Ausgaben. Zu bedauern ist, daß nicht die Vergleichung der Reihenfolge der Capitel in den Handschriften von der in den Ausgaben getrennt worden ist; die jetzige Einrichtung erschwert die Benutzung in hohem Grade*).

---

*) Von der Vesme'schen Ausgabe der langobardischen Gesetze hat Neigebaur einen Abdruck veranstaltet (München, G. Franz, 1855), dessen in dieser Zeitschrift bereits Erwähnung geschehen ist Bd. III. S. 286. Dieser Abdruck bietet den Vortheil, daß er zu einem äußerst billigen Preise denselben Text wie das theuere Original liefert, und es muß zugegeben werden, daß der Abdruck correct ist. Gleichwohl ist die Brauchbarkeit desselben nur eine sehr geringe. Die so leicht herzustellende vergleichende Tabelle der früheren Ausgaben fehlt gänzlich; dadurch aber ist das Nachschlagen sehr erschwert. Weggelassen sind die Einleitung Vesme's und die kritischen Noten. Ohne diese aber ist der Text an mehreren Stellen unverständlich. Der Leser erfährt nicht was es für eine Bewandtniß mit Rotharis c. 250ª habe (Neigebaur druckt fälschlich c. 150ª S. 37); er erfährt nichts über die neu edirten Gesetze Liutprand c. 29 64, namentlich nichts über die zweifelhaften Capitel Liutprand 139, 140, 156. Das Capitel 156 ist von Vesme aus einem Capitular ergänzt, und diese Restitution ist im Text durch kleinere Lettern angezeigt; Neigebaur läßt diese Unterscheidung weg. Die Ueberschrift Notitia über Rachis c. 1. bleibt ohne Erklärung. Endlich fehlen die Anhänge des Originals. In diesen sind aber Stücke enthalten, welche für das Verständniß des Vesme'schen Textes theilweise unentbehrlich sind und denselben erzänzen. So namentlich die im dritten Anhang abgedruckten Gesetze.

An den Abdruck der Edicte ist ein älterer Abdruck des Memoratoriums de mercedibus Comacinorum angeheftet (Regum Langobardorum leges de structoribus, München, Franz, 1853). Dieser Abdruck ist ebenfalls aus Vesme geschöpft, welcher die Güte hatte die Aushängebogen seiner unvollendeten Ausgabe an Neigebaur mitzutheilen (Vesme Edicta p. LXII.). Nun zeichnet sich der Münchener Abdruck des Memoratoriums dadurch aus, daß der Commentar von C. Promis dem neuen Texte dieser Verordnung angepaßt ist, wie ihn Vesme in der Ausgabe der Edicte edirte. Der bei Vesme selbst im XI. Anhang der

Digitized by Google

Edicte gedruckte Commentar bezieht sich dagegen noch auf den ältern, 1846 publicirten Text des Memoratoriums. Auf diese Differenz wird jedoch nicht aufmerksam gemacht. Ebensowenig findet sich eine Erklärung über die den acht Capiteln des Memoratoriums vorangedruckten Ziffern CLVII. — CLXIV (Neigebaur druckt fälschlich S. 26 CLXVIII für CLXIV, und S. 20, 21 ist die Zählung ebenfalls irrig). Man erfährt jetzt aus der Vesme'schen Ausgabe der Edicte, daß diese Zahlen die fortlaufenden Ziffern zu Liutprands Edict sind, zu welchem Vesme das Memoratorium gestellt hat.

Endlich noch ein Wort an den Verleger beider Abdrücke, Herrn G. Franz. Bekanntlich wird in Deutschland ein großer Theil italienischer Verlagswerke durch die thätige Vermittlung jener Buchhandlung bezogen. Es scheint uns aber aus dieser Vermittlung nicht zu folgen, daß jedem durch die Hände des Herrn Franz gehenden Werke der Stempel dieser Handlung beigedruckt werden muß. Vor uns liegen die Edicta regum Langobardorum von Vesme und die Statuti inediti della città di Pisa von Bonaini. Bei beiden Werken findet sich auf dem Titelblatt die Firma Giorgio Franz in Monaco unter der italienischen Firma. Herr Franz ist aber nicht Verleger dieser Werke, und es muß ihm das Recht abgesprochen werden, seine Firma auf dieselben zu setzen. Auch scheint uns das Verfahren höchst unzweckmäßig. Denn jeder Käufer dieser theuern und in Deutschland seltenen Werke wird Werth darauf legen, sein Exemplar in derjenigen Gestalt zu erhalten, in welcher es aus der Officin des Verlegers hervorgegangen ist, frei von Zusätzen Dritter.

Bonn, im Aug. 1856.

A. Anschütz.

Digitized by Google

X.

Uebersicht der juristischen Zeitschriften.

Recueil de l'académie de législation de Toulouse. Tom IV. Jahrg. 1855. (Vgl. krit. Ueberschau Bd. III. S. 124).

Wir heben folgende einzelne Abhandlungen hervor:

1) O. Demante, Gesetzgebung und Gerichtspraxis bezüglich der verborgenen Schenkungen (donations déguisées) S. 6 ff. Die Schenkungen werden in der napoleonischen Gesetzgebung ähnlich wie im römischen Recht beschränkenden Formen unterworfen, und die Nichtachtung dieser Formen zieht die Nichtigkeit der Schenkung nach sich. Der Verfasser führt aus, daß die Theorie der Gesetze auch die in ein anderes (oneroses) Rechtsgeschäft verborgenen Schenkungen nicht gelten lasse, indem es auf präventivem Wege Garantie gegen leichtsinnige und unverhältnißmäßige Schenkungen geschaffen habe und eine Umgehung der zu diesem Behuf angeordneten Formen nicht zu dulden sey. Die gerichtliche Praxis hat sich im Gegentheil immer entschiedener der Ansicht zugewendet, daß die allgemeinen Interessen des Verkehrs und der Aufrechthaltung von Rechtsgeschäften auch für die Anerkennung solcher Verträge streiten, in deren Form sich die Schenkung verborgen habe, und macht es den Schenkgebern so möglich, daß sie auf indirectem Wege, z. B. in Form eines Kaufs durchführen, was sie auf directem Wege in Form der Schenkung nicht hätten erreichen können. Der Widerspruch zwischen dem Gesetz und der Praxis erscheint so groß, daß er wohl nur durch eine neue Gesetzgebung auszugleichen ist, und da neigt sich der Verfasser der Ansicht zu,

Digitized by Google

daß es beſſer ſey in Beachtung der Sitte, welche die ſtrengen Formalitäten ſolcher Verträge nicht liebt, etwas von der urſprünglichen Strenge nachzulaſſen, als dieſelbe zu verſchärfen. Für unzuläſſig erklärt er, und jedenfalls mit Recht, die Verbindung einer Schenkung mit der Form des Darlehens. Sey es daß das Darlehen lediglich ſimulirt wird, um die angebliche Darlehensſumme zu ſchenken, ſey es daß ein Theil der Summe wirklich als Darlehen gegeben worden und der andere Theil geſchenkt iſt, ſo kann dieſer Vertrag nur dann und nur inſoweit als Darlehen gelten, als eine Hingabe der Darlehensſumme vollzogen worden iſt; iſt im übrigen nur Schenkung und unterliegt daher den beſondern Vorſchriften über die Schenkung.

2) Sacaze, Hiſtoriſche und kritiſche Bemerkungen über einen Proceßact aus dem Ende des XIII. Jahrh. S. 28. Es wird ein merkwürdiges Protokoll mitgetheilt und erklärt über die gerichtliche Einweiſung des Abbé von Simone in das Schloß und die Güter des Grafen von Aſtarac in Folge eines von dem Pariſer Parlament letztinſtanzlich beurtheilten Proceſſes.

3) Laferrière, Altes Stadtrecht von Toulouſe. S. 67 ff. Das Stadtrecht von Toulouſe wurde im Jahre 1283 dem Könige Philipp dem Kühnen zur Beſtätigung vorgelegt, welcher über das Alter der aufgezeichneten Gewohnheiten Nachforſchungen anſtellen ließ. Im Jahre 1285 wurde dasſelbe von dem König Philipp dem Schönen — mit Ausnahme von 20 Artikeln — anerkannt und auf ſeinen Befehl einregiſtrirt. Obwohl Toulouſe zur Reſidenz der weſtgothiſchen Könige geworden war und das Land ringsumher nach gothiſchem Rechte lebte, ſo erhielt ſich doch in der Stadt ſelbſt, deren Bevölkerung galliſch-romaniſch war, das römiſche Recht, und wurde nur während des Mittelalters modificirt. Die lex romana Wisigothorum, das ſog. breviarium Alaricianum, iſt auch in dem Stadtrecht von 1285 noch deutlich zu verſpüren. Einige Einwirkungen des Lehensweſens und des germaniſchen Rechtes ſind indeſſen auch wahrzunehmen, beſonders im Familienrecht. An der Freiheit des Grundeigenthums hielten die Statuten feſt. Der Verfaſſer hebt hervor, daß im Süden von Frankreich vorzugsweiſe das Princip des freien Grundeigenthums (franc-allen, Allod) ſich erhalten habe, während im Norden das entgegengeſetzte Princip des Lehensweſens und der Grundherrſchaft (nulle terre sans seigneur) aufgekommen ſey. In erſterem

Digitized by Google

ſieht er voraus römiſche Cultur, worin er ſicher Recht hat, aber daneben auch galliſche Ueberlieferung — was uns ſehr zweifelhaft erſcheint, in letzterem den Einfluß des germaniſchen Herrenelements. Er erkennt freilich an, daß die Deutſchen das freie Eigenthum auch neben Lehens- und Hofgut gekannt haben, aber ſchreibt doch das Ueberhandnehmen der Feudalität vorzüglich dem fränkiſchen und im Norden überwiegenden und herrſchenden Beſtandtheil der Bevölkerung zu. Immerhin war das Mittelalter, ſeiner ariſtokratiſch-hierarchiſchen Neigung gemäß, überhaupt dieſer Umgeſtaltung des Grundbeſitzes günſtig; wir finden ſie daher überall — auch im Süden von Frankreich, in Italien und Spanien — tiefer eindringen als man oft zugibt, und auch unter nichtgermaniſchen Völkern — wie unter den Türken — überhandnehmen. Daneben aber iſt der Begriff des Grundeigenthums doch in Europa allenthalben geblieben und hat ſpäter wieder die Herrſchaft erworben, in Deutſchland wie in Frankreich. Die nationalen Gegenſätze haben wohl Einfluß in dieſen Dingen, entſcheiden aber für ſich allein nicht. Der allgemeine Zeitcharakter wirkt noch ſtärker. — Dagegen iſt die Sklaverei in Toulouſe noch in der vollen römiſchen Härte anerkannt, und erſt 1390 wurden durch Karl VI. alle Bewohner von Toulouſe für frei erklärt.

4) Caze, über die Reform des Gefängnißweſens. S. 141. Der Verfaſſer beſpricht hauptſächlich die Verbrecher-Colonien, welche auch die franzöſiſche Geſetzgebung vom Juli 1854 an die Stelle der Galeerenſtrafe geſetzt hat, und entſcheidet ſich für das nach vielfältigen zum Theil ſehr mißlungenen Verſuchen im Jahre 1850 angenommene neue engliſche Verfahren. Nach dieſem wird mit der Einzelhaft in abgeſonderten Zellen der Anfang gemacht, und dieſe erſte Prüfungs- und Strafzeit bis auf ein Jahr ausgedehnt. Dann folgt die Verwendung für öffentliche Arbeiten unter ſtrenger Zucht als zweite Periode, welche je nach dem Verhalten der Sträflinge und nach Verhältniß der ganzen Strafzeit abgekürzt werden kann. Erſt dann wird der Sträfling in die Colonie gebracht. Die Erfahrung ſeit der Einführung des neuen Syſtems iſt zwar noch ſehr kurz, und daher zu einer ſichern Beurtheilung ungenügend; aber ſoviel ſteht jetzt ſchon feſt, daß die Beamten und die Bevölkerung der Umgegend, welche früher die lebhafteſten Klagen gegen einen ſolchen verderb-

Digitized by Google

lichen Zuwachs schlechter Colonisten geführt hatten, mit den spätern Sendungen sehr zufrieden waren. Der Verfasser schreibt die wohlthätige Umänderung hauptsächlich der Einzelhaft zu.

5) Holtius, über die *praesumtio muciana*. S. 165. Der Verf. zeigt daß dieselbe ursprünglich einen viel engeren Sinn gehabt habe, als die spätere Doctrin ihr beigelegt und ihre römische Begründung — die Gefahr daß die Frauen auf unehrenhafte Weise sich von dritten Personen bereichern könnten — zu den heutigen Sitten in keiner Weise passe.

6) Robière, Notiz über Raymond de Pennafort und die Decretalen Gregors IX. S. 174. Raymond wurde im Jahre 1175 in dem Schloß Pennafort in Catalonien geboren. Er stammte von dem vornehmen Hause der Grafen von Barcelona ab, und war in Folge dessen der königlichen Familie von Aragonien nahe verwandt. Schon im Alter von 20 Jahren lehrte er Philosophie in Barcelona mit großem Erfolg, und gieng dann ungefähr im 30sten Jahre (1205) auf die Universität Bologna, um sich da in der canonischen und römischen Rechtswissenschaft zu vervollkommnen. Dort zum Doctor geworden, lehrte er selbst nun canonisches Recht daselbst, ein Zeitgenosse von Azo, Balduin, Ugolin und wahrscheinlich auch von Accurs. Im Jahr 1219 verließ er Bologna, und kehrte, dem Rufe des Bischofs Bérenger folgend, nach Barcelona zurück, und trat dann 1221 in den Orden der Dominicaner ein. Papst Gregor IX. rief ihn 1230 nach Rom und übertrug ihm das wichtige Werk seiner Gesetzgebung, und schon 1234 hatte der große Canonist die Aufgabe vollendet und die Decretalensammlung geordnet. Der Papst ernannte ihn zum Erzbischof; aber der würdenscheue Religiose entzog sich diesem hohen Amte und wußte auch das Generalat, welches ihm von seinem Ordenscapitel übertragen war, bald wieder von sich abzuwenden. Er starb in hohem Alter und im Genuß allgemeinster Verehrung.

7) Serville, die Rechte und Pflichten des Staates in religiöser Beziehung. S. 208. Der Verfasser unterscheidet zwischen der Gewissensfreiheit und der Cultusfreiheit und findet den Grund jener in der natürlichen Freiheit des Individuums zwischen Gutem und Bösem zu wählen (?). Die Gewissensfreiheit ist eigentlich kein juristischer, sondern ein moralischer

Digitized by Google

Begriff. Da ſie dem inneren Seelenleben angehört, ſo bedarf ſie gar nicht des äußerlichen Rechtsſchutzes. Gott hat ſelbſt dafür geſorgt, wie für die Gedankenfreiheit. Dagegen bedarf die Aeußerung der inneren religiöſen Ueberzeugung des öffentlichen Schutzes, und zu dieſem iſt unſeres Erachtens der Staat verpflichtet, weil ſie eine nothwendige Folge der von Gott gegebenen Gewiſſensfreiheit iſt. Wir unterſcheiden auch die individuelle Bekenntnißfreiheit von der Cultusfreiheit, aber etwas anders als der Verfaſſer es gethan. Jene gehört dem Individualleben an, und iſt daher Privatrecht; dieſe ſetzt eine Gemeinſchaft größerer Kreiſe voraus, und iſt daher öffentliches Recht. In dem Privatcultus im Innern der Familie und des Hauſes — und ſelbſt mit Zuziehung von Hausfreunden und Dienerſchaft — ſehen wir noch immer eine Aeußerung der privatrechtlichen Bekenntnißfreiheit. Erſt wenn der Kreis des Privatlebens überſchritten wird und das öffentliche Leben beginnt, dann reden wir von Cultusfreiheit und erkennen mit dem Verfaſſer an, daß die Pflichten und Rechte des Staates dieſer gegenüber andere ſeyen als gegenüber der bloßen individuellen Bekenntnißfreiheit. Allerdings kommt es dem Staate zu, zu prüfen, welche Stellung der neue Cultus einnehme gegenüber der öffentlichen Ordnung und den ſittlichen Grundlagen derſelben, und je nachdem er ſich dieſe Frage beantwortet, wird er demſelben die freie öffentliche Bewegung geſtatten oder unterſagen. Aber es iſt von größter Wichtigkeit, daß der Staat darin ſein Recht und ſeine Pflicht als Staat ſelbſtändig und freien Geiſtes übe, und ſich nicht von den oft übermäßig ängſtlichen und beſchränkten Anſichten der kirchlichen Autoritäten leiten laſſe.—

Der Verfaſſer unterſcheidet ferner zwiſchen dem Syſtem der Duldung und dem der Indifferenz des Staates gegenüber verſchiedenen kirchlichen Gemeinſchaften, und erklärt ſich für jenes im Gegenſatz zu dieſem. Darin ſind wir mit demſelben einverſtanden und auch keine Verehrer der amerikaniſchen Doctrin. Aber es ſcheint uns, in ſeiner hiſtoriſchen Bezugnahme auf die alten religiöſen Inſtitute und Doctrinen — die im Süden von Frankreich nicht ohne reizbare Heftigkeit ſind — legt er zu wenig Gewicht auf die ebenfalls hiſtoriſch gewordene Geiſtesentwicklung in ganz Frankreich und in der civiliſirten Welt überhaupt, welche

Digitized by Google

es nöthig macht, daß auch sehr verschiedene religiöse Ansichten und Culte sicher und friedlich neben einander bestehen dürfen.

8) Caze, Präsident der Akademie, Vortrag über Cujas, bei Gelegenheit des jährlichen Cujasfestes in Toulouse S. 231 ff.

9) Sacaze, Notizen über Charles Loyseau. S. 269 f. Ch. Loyseau wurde 1566 zu Noyent-le-Roi, in der Nähe von Chartres, geboren, in demselben Jahre, in welchem Dumoulin starb. Frühzeitig verlor er seinen Vater, Advocaten an dem Pariser Parlament, durch den Tod. Er selbst wendete sich in der späteren Reife seines Lebens dem Berufe eines consultirenden Advocaten zu, nachdem er zuvor mit der Magistratur angefangen hatte, und starb als angesehener Advocat 1627. Seine schriftstellerischen Arbeiten behandeln immer Stoffe, die zuvor noch nicht wissenschaftlich bearbeitet waren; so die voraus sogenannten *Offices*, die Verwaltungs- und Justizämter, die zu einem Gegenstand der financiellen Speculation des Staates und des Vermögens der Privaten geworden waren. Mit sarkastischer Schärfe zeichnete er die Mißbräuche der Justiz in den Dörfern, und erhob sich auch wider die Verkäuflichkeit der Justizämter. Bei seinen Lebzeiten machte der dritte Stand selbst, obwohl in ihm die Mitglieder der Gerichte das Uebergewicht hatten, einen Versuch dieselben aufzuheben, aber vergeblich. Der Adel weigerte sich die Reform zu unterstützen, und erst die Nacht des 4ten August 1789 machte diesem Zustande ein Ende. Sein juristisches Hauptwerk bezieht sich auf das sogenannte *déguerpissement*, worin er die Ideen des römischen Rechts mit denen des nationalfranzösischen Rechtes vortrefflich zu verbinden wußte, und so das neuere Hypothekarsystem vorbereitete. Zugleich ein Kenner und Freund des römischen Rechts und ein Erforscher und Beachter der einheimischen Rechtsgewohnheiten, hat er durch seine Sammlung der französischen Rechtssprüchwörter sich um die Erhaltung und Klärung des französischen Rechtes ein bleibendes Verdienst erworben. Leider haben wir noch kein deutsches Werk von gleichem Werthe. Es wäre das noch eine der verdienstlichsten und fruchtbarsten Arbeiten, die ein deutscher Jurist leicht machen könnte, die deutschen Rechtssprüchwörter zu sammeln und zu beleuchten; denn was wir darüber haben, ist für den jetzigen Stand der Wissenschaft ganz ungenügend. Er müßte zwar auch in den Büchern, aber ebenso in dem Volksleben schöpfen, und

Digitized by Google

ohne in gelehrte Breite zu zerfahren, die Naivetät, Kürze und Verſtändlichkeit des Volksausdrucks zu verbinden wiſſen mit der logiſchen Schärfe und Klarheit der juriſtiſchen Begriffe. Wer aber das thut, der verdient den Dank der Nation.

10) Warnkönig. Ueber die rechtsphiloſophiſchen Studien auf den deutſchen Univerſitäten. S. 313. Das Bedürfniß einer Reviſion der Grundbegriffe des Rechts erſcheint uns ſo dringend, daß wir dieſelbe zu einer Aufgabe unſerer Zeitſchrift für die nächſte Zeit geſtellt haben.

11) Breſolles, Darſtellung der civilrechtlichen Regeln nach dem Geſetze vom 23 März 1855 über die Zuſchreibung (Transcription) im Hypothekenbuch S. 333.

B.

Digitized by Google

XI.

Kurze Anzeigen.

1) Zur Lehre von den Verband-Hypotheken der deutschen Rechte. Mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Gesetzgebung von Heinrich Dürrschmidt. Verlag der Riegerschen Buchhandlung in Augsburg. 10 Bog. in 8.

Diese Abhandlung, welche eine Reihe von praktisch ebenso wichtigen als theoretisch interessanten Rechtsfragen bezüglich der Wirkungen der gleichmäßigen Hypothekisirung seiner Forderung auf mehreren Liegenschaften des Schuldners in sehr gründlicher und erschöpfender Weise erörtert, ist eine von den Arbeiten, welche in unserer heutigen Rechtswissenschaft gewiß am lebendigsten gefordert und noch immer nicht in entsprechender Anzahl geliefert werden. — Bei der Fülle des Materials, welche die Rechtsgeschichte darbietet; bei der drängenden Masse von praktischen Fragen, welche das gegenwärtige Rechtsleben in seinem Uebergang aus der Zeit des Uebergewichts des römischen Rechts in eine neue von deutschen Rechtsbegriffen, von modernen Rechtsverhältnissen beherrschte Periode angeregt hat, ist gewiß das Princip der Arbeitstheilung das allein heilbringende. Der Wissenschaft und dem Leben wird nicht mehr gedient durch die endliche Production von Compendien des deutschen und römischen Gesammtprivatrechts, von Büchern, die zum allergrößten Theil den alten gleichen Inhalt und nur etwa im System oder in einzelnen Controversen eine unterscheidende Selbständigkeit haben; gefördert wird die historische wie die dogmatische Rechtskunde heutzutage weit mehr durch fleißige Monographien, welche eine einzelne, der Bearbeitung würdige Materie in so abschließender Weise behandeln, daß man in Zukunft

Digitized by Google

auf dieser Grundlage weiter bauen und diesen Theil des Rechtssystems als völlig ausgeführt betrachten kann.

Die vorliegende Monographie verdient nun vollkommen das Lob, die Wissenschaft in diesem Sinne gefördert zu haben, indem sie mit gründlicher Kenntniß des betreffenden Rechtsgebiets und gediegener juristischer Denkweise ein klares Verständniß der einschlägigen Creditverhältnisse verbindet, und daher die vielen in dieser Lehre weder von der Gesetzgebung und der Praxis noch von der Wissenschaft gelösten Zweifel in einer Weise zur Entscheidung bringt, welche nicht minder der theoretischen Consequenz als dem praktischen Bedürfniß entspricht. Das Rechtsverhältniß, welches die Abhandlung betrachtet und anstatt mit den bisher gebräuchlichen Namen: „General- solidarische- Correal- Gesammt- oder Simultanhypothek" mit der passenderen Bezeichnung Verbandhypothek benennt — besteht darin, daß ein und dieselbe Forderung auf mehreren Gütern des Schuldners in der Art eingetragen ist, daß jedes einzelne Gut vollständig für die ganze Forderung in Anspruch genommen werden kann, aber nach einmaliger Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlöse des einen Pfandgutes die übrigen Güter von der Zahlung frei werden.

Die interessantesten der hiebei auftauchenden Fragen, deren gründliche Erörterung den Hauptinhalt der Abhandlung bildet, sind nun folgende: Vor allem fragt es sich, ob nicht das Wahlrecht des Verbandhypothekgläubigers bezüglich der Pfandobjecte, aus deren Erlös er seine Befriedigung zu suchen hat, zu Gunsten der Nachhypothekgläubiger zu beschränken sey, da ihnen allerdings die unbeschränkte Ausübung dieses Wahlrechts unter Umständen großen Nachtheil bringen kann, und zwar ohne Vortheil für den Verbandhypothekgläubiger. In nachstehendem Beispiel:

	Güter:	I.	II.	III.	
	Erlöse:	1000	1000	2000	
Einträge	A. 1849: 1000		1000	1000	} Verbandhypothek
„	B. 1850: 500				}

kann der Verbandhypothekgläubiger ebensowohl das Gut I. wie das Gut II. zu seiner Befriedigung angreifen; wählt er nun das Gut I., so erleidet der Nachhypothekgläubiger B. den Verlust seiner Pfandsicherung, denn das Gut I. geht vollständig an A. über, und auf den Gütern II. und III. ist B. nicht eingetragen. Wählt

Digitized by Google

dagegen A. zu seiner Befriedigung das Gut II., welches ja ebenfalls vollständig zur Deckung seiner Forderung ausreicht, so bleibt dem B. seine Sicherung auf dem Gute I. unangetastet.

Billigkeitsrücksichten, zusammengesetzt in dem alten aber gewiß unrichtigen Satz: »quod tibi non nocet et alteri prodest, ad id potes compelli« haben nun einen Theil der Gesetzgebung und der Doctrin dahin geführt, den Verbandhypothekgläubiger in seinem Wahlrecht bezüglich der ihm verpfändeten Objecte insofern zu beschränken, als sie ihn anhalten, in den geschilderten Fällen das von Nachhypotheken freie Pfand, wenn es zu seiner Deckung ausreicht, zu wählen, um auf diese Weise die Nachhypothekgläubiger vor dem Verluste ihrer Sicherung zu schützen. —

Dieser Ansicht gegenüber führt nun die Abhandlung in gesunder juristischer Denkweise aus, wie eine solche Beschränkung eines wohlerworbenen Wahlrechts aus bloßen Billigkeitsgründen einerseits eine offenbar ungerechte, gegen alle Begriffe der obligatio und des Pfandrechts verstoßende und anderseits nicht einmal zweckmäßige, weil den Credit des Hypothekenwesens erschütternde Inconsequenz sey. — Es dürfte der überzeugenden Beweisführung der Abhandlung nur noch etwa die Bemerkung beizufügen seyn, daß sich die Beschränkung des Wahlrechts ganz mit Unrecht auf die Billigkeit beruft, da ja der Nachhypothekgläubiger vermöge der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches recht wohl wußte, daß ihm eine Verbandhypothek vorausgehe und gleichwohl sich für genügend gesichert erachtete: volenti non fit injuria.

Wenn nun aber das Wahlrecht des Verbandhypothekgläubigers nicht beschränkt werden darf, was wird die Folge der Verbandhypothek für das verpfändete Gut oder vielmehr dessen Eigenthümer seyn? Eine ganz unverhältnißmäßige Schwächung des Credits! denn jeder späterkommende Capitalist wird sich weislich hüten, sein Capital auf einem der Güter anzulegen, über welche sich der gefährliche Nexus einer Verbandhypothek erstreckt: in dem obigen Beispiel also wird der Eigenthümer der Güter I. II. und III. während er ohne die Verbandhypothek eine Creditkraft von 4000 fl. zur Disposition hätte, wegen der Verbandhypothek, welche ihm doch nur 1000 fl. Capital gewährt hat, kein weiteres Capital auftreiben können.

Um nun dieser Zerstörung des Credits der Grundeigenthü-

Digitized by Google

mer durch die Verbandhypotheken vorzubeugen, ohne doch das Wahlrecht des Verbandhypothekgläubigers zu beschränken — eine Maßregel, welche ebensosehr selbst wieder den Credit schwächen würde — muß die Gesetzgebung auf andere Weise die verlustbedrohten Nachhypothekgläubiger zu schützen suchen, und die Erörterung der hiezu gebotenen Mittel bildet den fernern Hauptinhalt der Abhandlung.

Untrennbar von dieser Frage ist die weitere Controverse über die Art und Weise, in welcher die Befriedigung der vorhergehenden Verbandhypothek auf jedem der einzelnen Pfandgüter zu vollziehen ist; über das Princip und die Berechnungsweise, wonach die einzelnen Güter zur Deckung der Verbandhypothek beizutragen haben: auch in dieser Hinsicht — es stehen sich über ein halbes Dutzend von widerstreitenden und zum Theil höchst complicirten Berechnungsweisen gegenüber — erscheint die Ausführung der vorliegenden Abhandlung als die zugleich richtigste und einfachste; da nämlich eine Verbandhypothek nichts andres ist als eine gleichmäßige Belastung mehrerer selbständiger Objecte mit der Verpflichtung die auf allen gleichgroß eingetragene Forderung einmal zu decken, so wird offenbar der Antheil jedes einzelnen Gutes an der Gesammtlast durch die Zahl der belasteten Güter bestimmt. Reicht nun der Erlös eines einzelnen Gutes nicht aus, den ihn treffenden Antheil zu decken, so wird der Ausfall dieses Antheils gleichmäßig an die andern Güter vertheilt d. h. der Beitrag derselben wächst für jedes einzelne um einen Quotienten, dessen Dividend der Ausfall, dessen Divisor die Summe der (deckungsfähigen) Güter ist; und in dieser Verheilung des Ausfalls auf die deckungsfähigen Güter wird so lange fortgefahren, bis die ganze Forderung gedeckt erscheint, was jedenfalls immer möglich ist, da ja der Gesammtwerth aller Güter jedenfalls die Gesammtforderung deckt.

Auf Grund dieser Vertheilungsmarime baut die Abhandlung die Sicherheit der Nachhypothekgläubiger auf, indem sie ihnen auf dem gesetzgeberischen Standpunkt das wichtige und billige Recht einräumt, im Falle einer Verlustgefahr Eintragung ihrer Nachhypotheken auf den von der Verbandhypothek ergriffenen Gütern zu verlangen oder doch Ersatz aus dem Erlöse der von der Verbandhypothek nicht ergriffenen Güter zu fordern. Es soll nämlich immer berechnet werden, wie viel nach der obigen Maxime

Digitized by Google

jedes einzelne Gut zu der Verbandhypothek beizutragen hätte, und wenn nun durch die Wahl des Verbandhypothekgläubigers, welche dabei ganz unbeschränkt bleibt, ein Gut, auf welchem Nachhypothekgläubiger eingetragen sind, über das Maß jener Berechnung hinaus beschwert wird, so dürfen die dadurch verkürzten Nachhypothekgläubiger Ersatz aus dem Erlöse der übrigen dem Verbandhypothekgläubiger zu Gebote stehenden aber von ihm nicht beanspruchten Erlöstheile verlangen.

Leider verbietet der Raum, der Abhandlung weiter in die Erörterung dieser Fragen sowie in die ebenso gelungene Darstellung einiger Nebenpunkte — namentlich des Verhältnisses der Nachhypothek-Gläubiger unter einander, zum Schuldner und zum Vorgläubiger — zu folgen. Vielleicht genügt das Gegebene zur Empfehlung der gediegenen Arbeit.

Dr. Dahn.

2) Homeyer über die deutsche Reformation Kaiser Friedrichs des Dritten. Aus dem Bericht der Sitzung der philosophisch-historischen Classe der k. Akademie der Wissenschaften zu Berlin vom 2 Juni.

Bekanntlich machte ein von Goldast im Jahre 1609 in in den Reichssatzungen II. S. 166 — 180 vielleicht aus einer archivalischen Handschrift unter dem Titel „Kayser Friederichs deß Dritten Reformation ym hayligen römischen Reich Teutscher Nation fürgenommen vnd proponirt auff dem Reichstag zu Meyntz Anno domini MCCCCXLI." veröffentlichtes Werk bis auf diese Stunde den Rechtsgelehrten manche Beschwerde.

Manche Juristen, empört über die dem Kaiser in den Mund gelegten Aeußerungen wider die Doctoren und das römische Recht, sahen darin eine nichtswürdige Erfindung. Andere einen wirklich zu Stande gekommenen Beschluß. Dazwischen liegt eine Reihe von Mittelmeinungen, als Schattirungen der Aeußerung Goldast's, daß das Document ächt, aber nur als ein Entwurf zu betrachten sey.

Schon 1822 beurtheilte Eichhorn im Ganzen vollkommen richtig in seiner deutschen Staats- und Rechtsgeschichte §. 408 die Schrift als einen Privataufsatz, der schwerlich je Gegenstand einer Reichsberathung geworden. In der vierten Ausgabe kam er nach den Mittheilungen welche Oechsle im Jahre 1830 in seinen Bei-

Digitized by Google

trägen zur Geschichte des Bauernkriegs gemacht, auf das Ergebniß, die Arbeit sey in die ersten Jahre nach der Reformation zu setzen. Und sollte sie wirklich schon 1523 zu Zwickau gedruckt seyn, so könne man sie für einen Entwurf der Schwärmer halten, die dort 1522 mit Thomas Münzer auftraten. Diesen Entwurf habe dann Hipler in Franken dergestalt benutzt, daß er einiges von den geistlichen Zuthaten wegließ, anderes praktische hinzufügte. Falle dagegen der Abdruck in spätere Zeit, so seyen allerdings Hipler und seine Freunde für Verfasser des Entwurfes, den sie schon im April 1525 verbreiteten, zu halten. Das ganze Denkmal war somit bereits bestimmt aus der Reihe der wirklichen Rechtsquellen oder auch nur der Reichstagsentwürfe und aus dem 15 Jhrhdt. entfernt, und dagegen den Plänen der Volksführer in der gährenden Zeit nach der kirchlichen Reformation zugewiesen zu werden. Auch Ranke, Hagen, Jörg, haben sich der Sache angenommen.

Nun kömmt unter Zugrundelegung von zwei alten Drucken der vorgenannte Akademiker auf ein Ergebniß, das die Frage um einen höchst wesentlichen Schritt ihrer allmähligen Lösung entgegenführt, welche großentheils, wenn nicht ausschließlich, mit der Geschichte der Bauernaufstände am Schlusse des ersten Viertels des 16. Jahrhunderts zusammenhängt. Beide Drucke sind in klein Quart, zählen 5 Bogen, haben keine Blatt- noch Seitenzahlen. Das eine Exemplar, dem niedern oder mittlern Deutschland angehörig, gibt keinen Druckort an, und hat in dem Holzschnitt um den Titel herum oben die Jahrzahl 1523, was allerdings keinen Beleg gerade für dieses Jahr als das Druckjahr gibt, sondern nur beweist, daß der Druck nicht früher fällt. Das andere*) hat keine Jahrzahl, und bemerkt am Ende: gedruckt zu Zwickaw durch Jörg Gastel, deß Schönspergers diener von Augspurg, welcher von 1523 bis 1525 gedruckt hat. Dieses Exemplar hält der Verfasser für das ältere, und weist das erstere als Nachdruck von ihm nach.

*) Es führt wie das erstere, welches nur eine abweichende Orthographie hat, den Titel: Teutscher Nation notturfft: die Ordunng vnd Reformation aller Stendt ym Römischen Reych. Durch kayser Fridrich den dritten, Gott zu Lob, der gantzen Christenheyt zu nutz vnd säligkeit fürgenommen.

Digitized by Google

Beide haben die Hinweisung auf Friedrich III. nicht bloß im Titel, sondern auch am Schlusse des Eingangs und in der Ueberschrift nach dem Eingang. Es ist also keineswegs rein aus der Luft gegriffen gewesen, wenn Goldast — was übrigens schon 1607 Philon von Trier gethan hatte — in seiner oben bemerkten Ueberschrift darauf Bezug nahm. Vergleicht man übrigens die Drucke mit der Gestalt des fraglichen Werkes bei Goldast, so ergeben sich abgesehen vom Titel noch andere Abweichungen. Und zwar erscheint demnach die Goldastische Form als die frühere, denn die Bezugnahme auf des Kaisers Autorität, welche in derselben fehlt, konnte nicht wohl nach einem vernünftigen Grunde in einer späteren Umbildung abgeschwächt und verkürzt werden. Auch steht, während die Drucke alle 13 Artikel in der Behandlung gleichstellen, bei Goldast der letzte noch wie ein Anhang da. Als noch frühere Form endlich wie diese ist der von Oechsle a. a. O. S. 283 — 292 bekannt gemachte Entwurf der Männer zu betrachten, welche der große Bauernrath „des hellen christlichen Haufens des Odenwaldes und Neckarthals" zu Würzburg im Mai 1525 nach Heilbronn zur Berathschlagung mit den Abgeordneten der übrigen Haufen gesendet hatte. Er ist in der Darstellung weniger ausführlich, mehr vom Charakter eines noch ungeordneten loseren Entwurfes, ferner ohne den 13ten Artikel und ohne den sonstigen Eingang und Beschluß, insbesondere auch ohne alle Bezugnahme auf Friedrich III., in den einzelnen Bestimmungen zuweilen milder. Während beispielsweise in den alten Drucken und bei Goldast zu Art 3 von einer völligen Freiheit der Grundstücke die Rede ist, so daß nur von den natürlichen Früchten (was Gott gibt) ½ oder nach Umständen ⅓, ¼, ⅕ für Herrn-Gült geachtet werden soll, wird da nur eine Ablösung des Bodenzinses mit dem zwanzigfachen Betrage angenommen.

Es ist so nach dem Verfasser der ursprüngliche Gedanke der fraglichen Reformation und dessen erste Gestaltung jenem Heilbronner Convent zuzuschreiben. Ob diesem auch noch die Ausbildung und festere Ordnung beizulegen sey, welche die zweite von Goldast mitgetheilte Form zeigt, bleibt vorerst ungewiß. Dagegen läßt sich die dritte Gestalt, die der alten Drucke, in Verbindung mit einer bestimmten Persönlichkeit bringen. Es steht nämlich vor dem Beschluß des Ganzen, der sich so drohend

Digitized by Google

an die Geistlichen wendet: Georg Rixner genannt Jherusalem Römischer Keyserlicher Mayestat vnd des heyligen reychs Ernhalt. Es ist dieses der bekannte Herausgeber des 1527 wohl vollendeten und 1530 erschienenen Prachtwerkes über das Turnierwesen in Deutschland, das so vielfache Verwirrung angerichtet hat. Es mag seyn, daß er, der sich darin nur „Eraldo vnd Khündiger der Wappen" nennt, wirklich „Römischer Keyserlicher Mayestat vnd des heyligen reychs Ernhalt" gewesen, denn auch damals war dieß schwerlich eine Würde von besonderer Bedeutung. Beim Einschieben des kaiserlichen Namens und einer für das Reich ergangenen Ordnung hat ihm eine Aufschrift, ähnlich der von Goldast aufgeführten, wohl schon den Weg gewiesen. Im Dunkeln bleibt, ob er auf eigne Faust oder im Einverständnisse mit den Bauernführern ihrem Entwurfe eine größere Oeffentlichkeit und entschiedener den Schein der höchsten Autorität zu geben suchte, auch ob er diesen Schritt vor oder nach der Dämpfung des Aufstandes — Mai und Juni 1525 wagte. Noch mag nicht unbemerkt bleiben, daß sein Name vor dem Beschlusse steht, der sich noch einmal mit Eifer an die „Geweychten" richtet, und daß in dieser Schlußrede selber die letzte drohende Vorausfagung etwas milder als bei Goldast gefaßt ist.

Nach der nunmehrigen Einsicht in die alten Drucke — schließt der Verfasser — darf sowohl die Annahme Oechsle's und Ranke's, daß dem Verfassungsentwurfe der Bauernführer ein schon von ihnen unter dem Namen Reformation Friedrichs III. vorgefundener Aufsatz zu Grunde gelegen, als auch die Vermuthung Eichhorns für beseitigt gelten, daß die Schrift von den Zwickauer Schwärmern, namentlich von Thomas Münzer — gegen dessen wilde Pläne die Reformation so bedächtig und milde erscheint — herrühren könne. Es waren dieß Annahmen, die, wie hart sie auch gegen die Lage der Dinge und den Charakter der Personen verstoßen, doch durch das vermeintliche Datum 1523 des Druckes jenen Forschern aufgezwungen wurden. Der Umstand, daß diese Jahrzahl nur der Buchdruckerverzierung angehört, hebt diese Nöthigung auf, und gibt einer natürlichern Auffassung über die Stellung der verschiedenen Formen des Werks freien Raum. Zugleich wird die öffentliche und entschiedene Ausschmückung des Documentes mit einem kaiserlichen Urheber nun an einen Namen ge-

Digitized by Google

knüpft, zu welchem man sich des keckſten literariſchen Truges wohl verſehen darf.

Vielleicht gelingt es dem rührigen Verfaſſer, darüber noch weiteres zu ergründen. Sicher iſt im Augenblicke die Möglichkeit nicht ganz in Abrede zu ſtellen, daß ſich aus Benützung noch anderer Quellen die beſtimmte Zeit der Entſtehung wie das Verhältniß zum Ritter und Doctor Johann von Fuchsſtein genauer herausſtellen dürfte, welchen Jörg*) mit großer Wahrſcheinlichkeit als den Verfaſſer der 12 Artikel der rebelliſchen Bauern bezeichnet. Am 22 März 1525 wurde von den bayeriſchen Hauptleuten in Schongau und Landsberg ein geſchriebenes Exemplar derſelben aus Oberdorf bei Kaufbeuern und am ſelben Tage vom bayeriſchen Rath Weiſſenfelder bereits ein Druck, der zu Ulm auf dem Markte feil geboten wurde, an den Herzog überſendet, welcher am 24 März ſchon den Verſchleiß verbot. Es möchte genaueres Nachgehen hier nicht ganz ohne Einfluß ſeyn, zunächſt auf die richtige Würdigung des Treibens der Verſammlung zu Heilbronn, welche wie oben bemerkt erſt im Mai ſtattfand, und dann auch indirect vielleicht zur Abſchließung der uns berührenden rechtsgeſchichtlichen Frage beitragen.

R.

3) *De regalium notione et de Salinarum jure regali commentarii.* Scripsit *Hugo Böhlau* j. u. D. in univ. Halensi priv. doc. Typis Hermanni Böhlau bibliopolae Vimariae 1855. 20 und XVIII S. 4.

In einem Artikel aufzuräumen, der wirklich zum Theil ſehr verlegene Waare iſt, beabſichtigt dieſe dem Profeſſor Johannes Merkel gewidmete, nur in hundert Abdrücken verbreitete Schrift in ihrem erſten Capitel über die Begriffsbeſtimmung der Regalien in den §§. 1 — 4. Und man muß unbedenklich zugeſtehen, daß hier auch ziemlich unbekümmert um den oder jenen Vorgänger zu Werk gegangen wird. Als Regalien im eigentlichen Sinne, ſtreng geſchieden von den eigentlichen Hoheitsrechten oder auch ſogenannten weſentlichen Regalien, wie auch von den

*) Deutſchland in der Revolutionsperiode von 1522 bis 1526 Freiburg, im Breisgau 1851 S. 171 — 191.

Digitized by Google

zuletzt daher sich ableitenden, sonst gewöhnlich als mindere oder niedere Regalien bezeichneten, in das Privatrecht wesentlich eingreifenden meist nutzbaren Rechten der obersten Staatsgewalt, gelten nämlich dem Verfasser — um ganz kurz die Sache zu bezeichnen — nur das Bergregal und das Salzregal. Warum? der Eingriff in das Privatrecht durch vorzugsweise Befugnisse der obersten Staatsgewalt, um welchen es sich doch zuletzt eigentlich bei den Regalien handelt, geschieht bei den beiden genannten in eigenthümlicher und anderer Weise als sonst. Sie treten nämlich an sich schon und so zu sagen a priori dem Grundsatze der Heiligkeit wohlerworbener Rechte und insbesondere des Eigenthums geradezu entgegen, welchen auch die oberste Staatsgewalt regelmäßig nicht anzugreifen wagen darf, ohne daß das eine oder das andere aus einem Hoheitsrechte sich rechtfertigen oder noch viel weniger ableiten ließe. Nun glaubt der Verfasser allerdings wohl mit Recht, es werde schwer angehen, dem einmal allgemein im weiteren Sinn angenommenen Namen der Regalien diese seine hergebrachte Bedeutung zu nehmen, und ihn auf die eben angedeutete engere Classe einzuschränken, möchte aber jedenfalls das Bergregal und das Salzregal dann als vorzugsweise mit diesem Namen zu belegen angesehen wissen.

Das letztere wird sodann im zweiten Capitel in den §§. 5 — 17 einer geschichtlichen Untersuchung unterworfen. Allerdings nicht in seinem ganzen Umfange. Insoferne nämlich kein Zweifel besteht, daß das sal fossile ein Regal ist, bedarf es darüber keines Nachweises. Anders aber ist es bezüglich der *scaturigines salsae* oder der Salzquellen, welche gemeinrechtlich wenigstens keineswegs allgemein als Regalien gelten. Die Frage lag in einem interessanten Falle einmal praktisch vor. Der Herzog von Braunschweig-Lüneburg und zugleich Bischof von Osnabrück Ernst August II. besaß Eigenthum in Rothenfelde bei Hannover, auf welchem eine Salzquelle zum Vorschein kam. Der Erzbischof von Köln, welcher Nachfolger im Bisthum war, erhob auf sie gegen den Universalerben des Verstorbenen, den Herzog von Braunschweig und zugleich König von England, Anspruch. Es fragte sich nun, ob jene Salzquelle auf dem Allodialbesitz des Erblassers, der eben auch Landesherr war, zum Allodialvermögen zu rechnen sey, oder ob sie zu den Regalien des neuen Landesherrn gehöre.

Digitized by Google

Leider wurde die Sache durch Vergleich entschieden, so daß ein reichsgerichtliches Urtheil nicht erfolgte. An und für sich schon ist die Frage nun keineswegs ohne Reiz. Auch mangelt es nicht namentlich an urkundlichem Material dafür, wie zur Genüge aus der Sammlung hervorgeht, welche der Verfasser zusammengebracht hat. Darauf gestützt findet er die erste sichere Nachricht der vorderhand natürlich nur dem Reiche zustehenden Regalität der Soolen im ersten Viertel des 11. Jahrhunderts. Von da an weiter fort fehlt es keineswegs an Belegen dafür, ohne daß übrigens die eine oder andere von alten Zeiten her im Privateigenthum gewesene Saline, wie etwa die von Frankenhausen oder Schwäbischhall oder Westernkotten, jetzt deßhalb ohne weiteres aufgehört hätten in diesem Verhältnisse zu verbleiben. Es entspricht dem Gesammtentwickelungsgang, daß der einmal betretene Weg weiter verfolgt wurde. Aber bald übten nicht allein die deutschen Könige dieses Recht. Von der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts an findet es sich auch im Besitz der Reichsstände. Im folgenden legen die nun so zu nennenden Landesherren es sich in den betreffenden Territorien bei. Im weiteren Verlaufe der Zeit wurde es nicht bloß von den Churfürsten sondern auch den meisten übrigen Fürsten, sey es auf die rechtsübliche Weise durch königliche Verleihung erworben, oder wo das nicht der Fall war, als auf irgend eine Weise ihnen zustehend präsumirt. All das natürlich unbeschadet den wohlerworbenen Eigenthumsrechten von Privaten an Soolen, wo solche wirklich geltend zu machen waren. Was sodann noch Specialgesetzgebungen anlangt, nimmt der Verfasser in Kürze auf zwei Rücksicht. Daß im preußischen Landrecht Th. II. Tit. 16 §. 71 die Salzquellen ausdrücklich als Regal aufgeführt sind, ist bekannt. Daß den §§. 3 und 4 des österreichischen Berggesetzes vom 23 Mai 1854 dieselbe Auslegung zu geben, verstünde sich sozusagen von selbst, wenn auch nicht ausdrückliche Belege dafür vorhanden wären.

Das der Inhalt und das Ergebniß der Untersuchung. Die Behandlungsweise insbesondere des zweiten und jedenfalls schätzbareren Theils möchte im ganzen für gelungen zu halten seyn und in einer Beziehung förmlich als Muster empfohlen werden. Wir verstehen das erstere von der Benützung des sozusagen gesetzlich vorliegenden Rechtsstoffes in der Sache, wovon hier zunächst

Digitized by Google

die bekannte Stelle des Sachsenspiegels I Cap. 35 in Betracht kommt, in welcher, wie uns scheint, ganz richtig die Möglichkeit der Ausdehnung des Wortes schat auf Bergwerksschätze abgewiesen wird; sodann Cap. XI. §. 1 der goldenen Bulle, woselbst die minerae salis ohne Zweifel mit dem Verfasser auch auf die Soolen auszudehnen sind. Nachgeahmt sodann wünschten wir bei Arbeiten ähnlicher Art, wie die vorliegende ist, das Verfahren in der Behandlung des urkundlichen Materials. Dieses ist nämlich in rein chronologischer Folge unter fortlaufenden wegen des Citirens nothwendigen, am hintern Rande bemerkten Nummern zu einem förmlichen kleinen Urkundenbuche (hier in 127 Stücken von 740 bis 1712 auf XVIII. Seiten) regestenartig so geordnet, daß in der ersten Rubrik das Datum gleich in die Augen fällt, in der zweiten der Ort der Handlung, in der dritten die betreffende Textesmittheilung, soweit sie für den fraglichen Zweck erforderlich ist. Ein Blick in dasselbe wird genügen, um sich von der außerordentlich leichten Uebersichtlichkeit über den da einschlagenden Quellenstoff zu überzeugen, ohne daß im übrigen dadurch ein Nachtheil etwa hinsichtlich der Unbequemlichkeit in der Benützung beim Durchlesen der Schrift selbst entstünde.

R.

4) Sequestration und Arrest im R. Recht. Von Dr. Th. Muther (Privatdocent in Halle. Leipzig, Verlag von S. Hirzel 1856. 27. 8.).

Sequestration und Arrest werden hier von ihren ersten erkennbaren Anfängen im R. R. bis herab auf Justinian exegetisch historisch entwickelt. Mit Gronovius leitet Vf. das Wort „Sequester" von secus ab. Aber während Gronovius daraus sofort auf einen Neutralen („semotus ab utroque et liber a causis eorum") oder Unparteiischen, mithin auf eine metaphorische Bedeutung kommt, nimmt der Vf. das Wort in seiner „ursprünglichen localen" Bedeutung, als „Beistand", und erst darnach als Mittler, Vermittler, Schiedsrichter (§. 3). Namentlich aus Plautus sucht er dann die schiedsrichterliche Bedeutung des Sequester zu beweisen. Daß schon in diesen älteren Quellen die Bedeutung Schiedsrichter nie rein und allein hervortritt, sondern daß unter

Digitized by Google

S. ein Schiedsrichter verstanden wurde, bei welchem die streitige Sache so deponirt wurde, daß sie dem obsiegenden „Theil ausgeantwortet werden sollte, dürfte an jener Etymologie nicht irre machen (?). Aelter und häufiger als Eigenthumsstreit um Grundbesitz nämlich, sey der um Mobilien; hier sey nichts natürlicher und einfacher als die Sache mit obiger Auflage beim Richter zu deponiren; als später Immobiliar-Eigenthumsstreite entstanden, sey für den Richter in diesen ein eigener Name: arbiter (Gangrichter) — aufgekommen, der Sequester nur mehr für die Mobilien übrig geblieben (§. 4 — §. 7 ꝛc. ꝛc.). Sowohl die richterliche Bedeutung des Sequester überhaupt, und der angebliche Gegensatz derselben zum Arbiter sind neu, werden aber ihre Probe erst noch zu bestehen haben. Fein und überdieß sicher sind aber die Angaben über den weiteren Verlauf des Wortes Sequester in der Vulgär- und in der Juristen-Sprache. Dort streift es etwa seit Cicero die depositale Nebenbedeutung ab, und wird zum Unterhändler, Kuppler, Versöhner ꝛc. ꝛc.; hier dagegen ist der Sequester immer Depositar, und schwindet der Urbegriff des Richterlichen, wiewohl ihm auch da noch immer noch eine, wenn auch noch so unbedeutende, richterliche Entscheidung — ob und wem er restituiren solle — anheimgegeben ist (§. 8 — §. 14). Nach dieser Einleitung über „Ableitung und Bedeutung des Worts sequester" behandelt ein erstes Buch das ältere Römische Recht, darin ein erstes Capitel „den Begriff und das Verhältniß der Deponenten zum Sequester"; ein 2tes „die Veranlassung zur Sequestration und das Verhältniß der Deponenten zu einander"; ein 3tes „den Besitz des Sequesters". Vorzüglicher Beachtung werth sind das 2te und 3te dieser drei Capitel. In dem zweiten unterscheidet der Vf. eine Sequestration streitiger Sachen, weil sie streitig sind, und eine Sequestration streitiger wie nicht streitiger Sachen aus anderem Grunde. Einen Anfang bildet die Sequestration von Personen. Beim interdictum de liberis ducendis nämlich kam eine sequestrationsartige „Deposition" des Kindes bei einer materfamilias bis zur Ausfällung des Urtheils vor (l. 3 §. 3. de lib. exh. S. 222). Schon hier ist nicht allein der Streit, sondern zugleich das Interesse des Kindes Ursache der Sequestration (§. 84). Eine Sequestration von Sachen aber aus anderen Gründen als Streites halber kommt bald ohne, bald auf richterlichen Befehl vor;

Digitized by Google

übrigens häufiger bei nichtstreitigen Sachen, „wenn das zukünftige rechtliche Schicksal der Sache z. B. die Frage, wer von den mehreren Personen sie dereinst bekommen werde, noch im Dunkel lag". (§. 78 — §. 81) z. B. l. 9. C. pign. act. (4, 24) l. 5 l. 6. C. depos. 4, 34). l. 5 D. fam. herc. (10, 2) l. 5 C. comm. utriusq. (3, 38) l. 22 D. sol. matr. (24, 3); der Vf. begreift alle diese Fälle als „sequestratio custodiae causa". Schon hier hat die Sequestration den Charakter einer Caution, welche die Deponenten sich gegenseitig bestellen; es soll ein künftiger annoch unbekannter Rechtszustand gesichert werden, aber eben weil der gegenwärtige Rechtszustand gewiß ist, erfolgt die Sequestration ohne Aenderung des gegenwärtigen Besitzes; es würde sonst ein „unzweifelhaft bestehendes Recht gekränkt werden, um ein mögliches künftiges zu sichern". Das Gegentheil nun aber, wenn Streit halber deponirt wird: hier erfolgt die Sequestration nicht bloß, um dem dereinstigen Sieger die Realisirung seines Rechtes zu sichern, sondern zunächst zur Neutralisirung des streitigen Besitzes — omittendae possessionis causa (§. 30). Die Lehre vom Besitze des Sequesters (3tes Capitel) tritt darnach in neuen vernünftigen Zusammenhang mit dem verschiedenen Grund- und Anlaß der Sequestration. Sollte man die Interpretationen des Vf.'s in §. 85 — §. 88 auch nicht durchweg theilen wollen, so enthalten sie doch jedenfalls einen sehr schätzbaren Beitrag zur Lösung der in l. 17 §. 1 dep. (16, 3) und l. 39 D. a. v. a. p. (41, 2) gegebenen Probleme. Und namentlich verdient der Gedanke, daß in der sequestratio omittendae possessionis causa eine gegenseitige Verpfändung liege (§. 90, §. 91), alle Beachtung. Er wird praktisch sofort bei der ersten Classe von Fällen, in denen man Streit halber (omitt. poss. causa) sequestrirt: bei dem Compromisse (§. 31 — §. 42). Denn wenn hier die streitige Sache bei dem Schiedsrichter deponirt wird, so liegt hierin jedenfalls eine Caution dafür, daß der Anspruch auf die Sache, den einer an den andern aus dem Schiedsspruche erlangt, verwirklicht werde. Das Eigenthümliche dieser Verpfändung ruht aber nicht bloß darin, daß der Besitz einem Dritten eingeräumt wird, sondern auch darin, daß das Pfand zugleich Gegenstand des zu sichernden Anspruches ist. Dieß hat der Vf. nicht hervorgehoben. Dagegen treibt es ihn, näher zu untersuchen worin denn hier die Caution für den Sieger liege;

Digitized by Google

denn wenn diesem die Sache spruchmäßig ausgeantwortet wird, scheint Gegner, weil der Schiedsspruch nicht Rechtskraft macht, noch immer vindiciren zu können. Allein der Vf. legt in diese Verpfändung eine gegenseitige lex commissoria, so daß der Sieger ex pacto Eigenthümer wird, wenn er es noch nicht war, und wider den vindicirenden Gegner sich bloß auf die lex depositionis zu berufen braucht. Man käme vielleicht ungezwungener an dasselbe Ziel, wenn man in solchen Sequestrationen eine Sequestration nicht bloß der possessio im modernen Sinn, sondern der possessio im uralten Sinne natürlichen Eigenthums — eine formlose fiducia — annehmen dürfte. — Die andere Classe von Fällen, in denen Streit halber sequestrirt wird, ist die, wo die Sequestration als processualisches Cautionsmittel erscheint. Damit betreten wir das Gebiet, auf welchem die Sequestration aus einem Privat-Rechtsgeschäft zu einem richterlichen Officialacte wird; aus einer freien Deposition ein Arrest, und wo zu dem Arrest an Sachen noch einer an Personen hinzutritt. Wie man vermuthen kann, geht diese Umwandlung erst in der späteren Kaiserzeit, im neueren nachclassischen Rechte vor sich; so wird sie zum Gegenstande des 2ten Buches, und zwar zum ausschließlichen Gegenstand desselben; denn bezüglich der S. custodiae causa, und der schiedsrichterlichen Sequestration bleibt es auch in der späteren Zeit beim Alten. Zuvor aber verfolgt der Vf. die Sequestration im classischen Proceß (§. 43—76), und findet sie vor allem in der Einleitung desselben: in der „cautio" judicio sisti (§. 43 — 51), anstatt in jus vocatio. Anstatt in jus vocatio war vadimonium aufgekommen; dieses (ungefähr wie das Compromiß) bald satisdatio, bald anderweitige cautio, eine Deposition der streitigen Sache beim Sequester nämlich; hier aber nicht mit lex commissoria, sondern mit der Auflage, die Sache am Termin in jure vor dem Prätor zu exhibiren (l. 5 §. 1 depos.). Sofort kam es aber auch in jure selbst zur Sequestration. Darin, daß bei der legis actio sacramento die Parteien die bewegliche Sache vor den Prätor bringen, und an ihn ablassen, spiegelt sich der uralte Brauch ab, die streitige Sache bei dem Schiedsrichter zu deponiren; der Prätor ist hier auch ein Sequester, und dazu bestimmt, die Sache an den Sieger hinauszugeben. Aber bei Gericht ist die Bewahrung derselben nicht gut möglich; so denn Vindicienertheilung: und wenn keine der beiden

Digitized by Google

Parteien praedes aufbrachte — abermals Sequeſtration, nämlich Depoſition bei einem Dritten auf gerichtlichen Befehl. Hier und in den folgenden Fällen überall gibt gerichtlicher Befehl Anſtoß zur Sequeſtration; aber nur Anſtoß; die Sequeſtration iſt nichtsdeſtoweniger Privatgeſchäft (§. 62 — §. 58).

Was die praedes litis et vind. in der legis actio sacramento, iſt im Formularproceß die satisdatio judicatum solvi; auch hier tritt in Ermangelung von Bürgen ſequeſtrariſche Depoſition (ſog. cautio jud. solvi neben derartiger satisdatio — wie ſog. cautio judicio sisti neben derartiger satisdatio) ein (§. 59 — 66). Anſtatt der cautio jud. solvi kommen auch Cautionen auf bloße Exhibition vor (L. 16 off. Praes. L. 5 tab. exh.), und auch dieſe kann durch Sequeſtration aufgerichtet werden (§. 68 §. 69). In Ermangelung anderweitiger Sicherheit kommt endlich auch bei Appellationen Sequeſtration auf richterlichen Befehl vor (§. 69 — §. 76). — Was nun aber die ſpätere Zeit und zwar zunächſt „das Recht des Codex Theodosianus“ (§. 93 — §. 112) anlangt, ſo bietet letzterer in Bezug auf Sequeſtration bei der Einleitung des Proceſſes nichts; wiewohl der Vf. die Vermuthung ausſpricht, daß jene ſequeſtrariſche cautio judicio sisti in irgendwelcher Beziehung zu der nunmehrigen litis denunciatio geſtanden ſey. Um ſo bemerkenswerther ſind die Notizen, welche derſelbe zu der cautio judicatum solvi bietet. In mehreren Fällen nämlich hat ſich Sequeſtration des Streitgegenſtandes ohne weiteres an die Stelle der satisd. judicatum solvi geſetzt; in einem gewiſſen Fall und Stadium der liberalis causa (c. 6 C. Th. lib. caus. 4, 8. Constantinus a. 323); in perſönlichen Klagen, wenn Beklagter ſuſpect war. Für ſuſpect galt er jetzt aber insbeſondere bei Klagen aus Urkunden, ſofern dieſe äußerlich fehlerfrei waren, er aber entweder diffitirte, oder aber exceptionem n. n. pecuniae einwarf; die beiden Hauptſtellen c. 1 C. Th. si certum pet. de chir. (2. 27) Honor. etc. a. 421 u. c. 1 l. Th. de pecuniae sequestratione prohibita (2, 28) ſchränken dieſe Regel ein, ſetzen alſo deren damalige Geltung voraus. Auch bei Appellationen tritt die Sequeſtration nun unmittelbar, und in weiterem Umfang auf (L. 25 C. Th. quor. appell. non recip. 11. 36. Valens Gratian. c. Valentinian.). Am wichtigſten aber iſt, daß die obenangedeutete Umwandlung der Sequeſtration ſelbſt be-

Digitized by Google

reits vor sich gegangen ist (§. 108 — 112). „Als . . . der ordo jud. privatorum . . . dem starren Despotismus der späteren Kaiserzeit . . . weichen mußte, und an seine Stelle die extraordinaria cognitio mit condemnatio in rem ipsam, Naturalexecution ꝛc. trat, da paßte auch die auf das Princip des indirecten Zwanges gebaute Cautionsordnung nicht mehr . . . Und doch ließ sich, wenn man die satisdatio als nächstes und erstes Cautionsmittel beibehielt, nicht gut eine Naturalexecution jener richterlichen Zwischenbescheide (auf Caution) denken . . . Man sah sich daher nach einem . . bequemern Cautionsmittel um, und dieses bot die schon im alten ordo judiciorum, wenngleich erst in zweiter Linie angewendete Sequestration. Auf diese Weise erklärt es sich, daß in allen Stellen des C. Theodosianus . . . einer (der Sequestration) vorausgehenden Aufforderung zur satisdatio nicht gedacht wird." (§. 110.) Natürlich muß, woferne diese neue Caution durch Naturalexecution erzwingbar seyn soll, eine Aenderung in ihr selbst stattgefunden haben; sie besteht darin, daß jetzt wieder der Richter selbst Sequester ist, der die Sache durch seine Officialen annehmen oder wegnehmen läßt, und dann weiter deponirt, in aede sacra, oder bei einem dritten (§. 109). Darin liegt denn bereits was wir Arrest nennen (§. 112 a. E.).— In dem Justinianischen Rechte (§. 113 — 135) nimmt uns vorzugsweise die Einleitung des Processes und die neue cautio pro sua persona in Anspruch; der libellus conventionis und Ladung kraft richterlichen Decrets vermittelst eines Executors sind jetzt Regel geworden; diesem Executor muß der Beklagte nicht nur Sporteln und ein Empfangsbekenntniß, sondern auch — Caution leisten (judicio sisti). Mit dieser cautio ist die cautio pro sua persona (quod in judicio permaneat usque ad terminum litis §. 2. J. satisd.) nicht zu identificiren, wie dieß bei B. Hollweg geschieht. Während jene sich nur auf das erste Erscheinen vor Gericht bezog, setzt diese Litiscontestation voraus, und ist eine halbirte cautio judicatum solvi (§. 115). Beide Cautionen müssen regelmäßig successiv aufeinander bestellt werden; voran steht jetzt aber wieder satisdatio; ausnahmsweise genügt nuda repromissio. Wenn nun aber der Beklagte die Bürgen nicht aufbringt, oder nicht aufbringen mag, so kann es allerdings zu Realcitation (entsprechend der cautio judicio sisti) und Personal-

Digitized by Google

arrest (entsprechend der cautio pro sua persona) kommen; allein nicht so unbedingt wie B. Hollweg lehrt, und nicht ohne weiteres durch den Executor. Es läßt sich nicht annehmen, daß die Sequestration, besser der Realarrest des Cod. Theodosianus, inzwischen ausgefallen sey; L. 7 §. 2. D. qui satisd. cog. (2, 8) ist im Sinne der Compilation auf das neueste Recht zu beziehen, und führt zu folgender Gestalt des neuesten Rechts: In Ermangelung der satisdatio kann es zu Realarrest, wie Real-Citation und Personalarrest kommen; aber nur wenn der Beklagte suspecta Person ist, und kraft richterlichen Befehles. Suspectam personam vorausgesetzt, kann aber der Proceß, wie beim heutigen Arrestproceß, mit Arrestanlegung beginnen, indem der Executor alternativ ermächtigt wird, Real- oder Personalarrest zu vollziehen: durch satisdatio kann sich der Beklagte dem entziehen. Nur der Kaiser (und die höchsten Reichsbeamten?) vermögen absoluten Arrest zu verhängen.

Soweit die Grundzüge des Werkes, dem noch fünf Beilagen und ein Quellenregister beigefügt sind. Da vieles von seinem Inhalte theils an sich, theils in diesem Zusammenhange neu ist, schien es besser, dem Leser eine Uebersicht der Resultate zu geben, als ihn in das reiche Detail der Untersuchung nur fragmentarisch einzuführen. Und doch liegt der Werth des Buches nicht minder in dem Gang und in den Mitteln der Untersuchung, als in seinen Ergebnissen. Es scheint uns zwar schon jetzt einiges weiterer Durchführung und Aufklärung zu bedürfen, einiges auch der Berichtigung; so viel aber dürfte feststehen, daß es nicht bloße Worte sind, wenn sich der Vf. in seiner Vorrede zur historischen Schule bekennt, und auch die Behauptung daß die receptive Jurisprudenz productiv sey — wir glauben mit ihm nur sie — hat er durch die eigene That belegt.

Bz.

Digitized by Google

Digitized by Google

XII.

Die Literatur und Gesetzgebung auf dem Gebiete des neueren deutschen Strafproceßrechts.

(Fortsetzung*).

3. Die Hauptverhandlung.

Seit der Veröffentlichung der ersten Abtheilung dieser Erörterungen ist unsere Literatur durch ein Werk bereichert worden, welches sich sehr einläßlich mit allen uns beschäftigenden Fragen befaßt, indem es — kurz bezeichnet — eine dogmatisch-kritische Darstellung der bestehenden strafproceßrechtlichen Einrichtungen und Grundsätze in allen civilisirten Staaten Europa's mit beständiger Rücksicht auf Theorie und Praxis ist. Man erräth, daß damit C. J. A. Mittermaiers neuestes Werk: „Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung" Erlangen 1856, gemeint ist.

Müssen wir es lebhaft bedauern, daß nicht schon in der ersten Abtheilung auf dieses Werk bei den dort besprochenen Fragen Bezug genommen und der aus ihm zu ziehende Vortheil gezogen werden konnte, so darf dieser Vortheil bei den folgenden Erörterungen um so weniger unbenützt bleiben.

Wir sind denn auch so weit davon entfernt, uns diesem Vortheile entziehen zu wollen, daß wir es vielmehr für zweckmäßig und nothwendig halten, noch nachträglich auf einiges aus dem Inhalte des

*) S. Bd. 4. Heft 2. S. 190 — 218.

Digitized by Google

Werkes hinzuweisen, worauf schon in der ersten Abtheilung hinzuweisen gewesen wäre, wenn das Werk damals vorgelegen.

Hiezu gehört vor allem, was der Verfasser in §. 13 über die Staatsanwaltschaft sagt. Nachdem er die verschiedenen Gestaltungen des Instituts in den europäischen Staaten und insbesondere die schottische Staatsanwaltschaft als die beste nachgewiesen, gibt er S. 182 ff. die Voraussetzungen an, von denen die ersprießliche Wirksamkeit des von ihm als nothwendig anerkannten Instituts abhängig sey. Wir heben daraus nur hervor, daß 1. die Thätigkeit des Staatsanwalts auf die Function der Verfolgung verübter Verbrechen beschränkt werde; daß also 2. dem Staatsanwalt alle übrigen in dieser Aufgabe nicht enthaltenen Functionen, insbesondere die Aufsicht über die Verwaltung der Justiz, sowie die in das Amt des Untersuchungsrichters übergreifenden Functionen abgenommen werden sollen. 3. Man solle die Vorrechte, welche der Staatsanwalt namentlich im französischen Rechte während der Hauptverhandlung dem Vertheidiger gegenüber hat, abschaffen und den Grundsatz der Gleichberechtigung der Anklage und Vertheidigung anerkennen. 4. Anstatt das Richteramt mißtrauisch unter die Controle der Staatsbehörde zu stellen, solle man vielmehr dieser der Regierung gegenüber eine selbständigere Stellung einräumen. Der Staatsanwalt solle nichts anderes seyn, als der Ankläger im öffentlichen Interesse.

Viele sehr beherzigenswerthe Bemerkungen enthalten sodann die §§. 14 — 17 über das Geschwornengericht.

Aus dem Abschnitte „von der Voruntersuchung, von dem Verhältnisse der darin thätigen Behörden und den zu Gebote stehenden Mitteln" muß besonders hervorgehoben werden, was der Verfasser über die französische police judiciaire (§. 23), über die Befugnisse der Beamten der gerichtlichen Polizei im Falle des délit flagrant, über das Verhältniß des Untersuchungsrichters zum Staatsanwalte und über die Unzweckmäßigkeit des englischen coroner (§. 24) sagt. Höchst lehrreich ist die in §. 22 angestellte Vergleichung der französisch-deutschen mit der Voruntersuchung in England, Schottland und Amerika. Die deutsche Voruntersuchung verdient vor dieser entschieden den Vorzug; nur hat das Streben nach allzugroßer Gründlichkeit schon vielfach zu gerechten Klagen über zu lange Dauer der deutschen Voruntersuchungen ge-

Digitized by Google

führt. Man hüte sich vor der (gleichviel ob ehrlich oder unehrlich gehegten) Tendenz, die mündliche Hauptverhandlung zur bloßen Reproduction oder Recapitulation der in der Voruntersuchung gesammelten Materialien zu machen.

In dem Abschnitte „von dem Verfahren zur Prüfung und Entscheidung über die Zulässigkeit und richtige Stellung der Anklage bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung" werden zuerst (§. 27) die verschiedenen Einrichtungen zur Abwendung grundloser Anklagen in England, Schottland, Amerika, Frankreich und Deutschland dargestellt. Außer der englischen und französischen (deutschen) kommt auch noch die schottische Einrichtung in Betracht. Das schottische Recht kennt weder Anklagejury, noch chambre de mise en accusation (oder chambre du conseil); in Schottland ist es ganz und gar dem Kronanwalt überlassen, ob und welche Anklage er erheben will. Die Gründe der guten Wirksamkeit dieser Einrichtung in Schottland liegen aber 1) in der strengen Verantwortlichkeit des Lordadvocate in Bezug auf seine Amtsführung, zunächst dem Parlament gegenüber; 2) darin, daß der schottische Kronanwalt nur Ankläger, nicht Controleur über die Richter und dem Vertheidiger gegenüber nicht bevorrechtet ist; 3) in seiner genauen Prüfung der Durchführbarkeit der Anklage, so daß in Schottland Lossprechungen selten vorkommen; 4) endlich in der Preßfreiheit.

Die große jury hat in England selbst viele Gegner; aber auch diese wollen sie nur in London und auch da nicht bei politischen Verbrechen aufgehoben wissen. In Nordamerika ist das Institut vielfach verbessert; in einigen Staaten läßt das Gesetz den Beschuldigten vor der Anklagejury erscheinen, die Anschuldigungszeugen ins Kreuzverhör nehmen und Entlastungszeugen produciren. Sehr interessant ist die Geschichte der Anklagejury in Frankreich bei Hélie »Traité de l'instr. crim.« VI. vol. §§. 394 und 395 dargestellt; das Votum Napoleons in der Sitzung v. 6 Februar 1808 machte der Anklagejury in Frankreich ein Ende. S. Locré Bd. 24 pag. 621.

Mittermaier tadelt es mit Recht, daß die Anklagekammer in Frankreich lediglich auf den Vortrag des Generalprocurators hin zu entscheiden hat, und erklärt sich dagegen, wenn z. B. in Baden das Anklagegericht nur aus drei

Digitized by Google

Richtern besteht. Was aber den Tadel gegen das System der einfachen Anklagebehörde betrifft, namentlich wie es in Genf und in der k. sächs. St. P. O. vom 11 Aug. 1855 sich findet, so kann demselben nicht beigestimmt werden.

S. I. Abtheilung dieser Erörterungen S. 204.

Richtig ist dagegen, daß es den neuen deutschen Gesetzen in Bezug auf die Rechtsmittel gegen die Beschlüsse der Anklagegerichte (sowie auch dem französischen Rechte) an einem leitenden Grundsatz fehle (S. 406). Nur vermissen wir daß der Verfasser diesen leitenden Grundsatz bezeichnete. S. darüber meine „Rechtsmittel" II. §§. 95 und 96.

Ebenso muß dem Verfasser beigepflichtet werden, wenn er S. 410 die Abfassung von Anklageschriften seitens der Staats-Anwälte für überflüssig und unzweckmäßig erklärt. Ein gehörig abgefaßter Verweisungsbeschluß mit genügenden Entscheidungsgründen macht diese Anklageschriften durchaus entbehrlich. Hätten die Engländer solche Verweisungsbeschlüsse, ihr praktischer Sinn würde sich unzweifelhaft gegen die bei uns oft monströs langen Anklageschriften sträuben. Nicht bloß die Staatsanwälte vergeuden (freilich durch das Gesetz gezwungen) mit diesen Elaboraten sehr viel Zeit, sondern die Vorlesung derselben in der Hauptverhandlung (durch den oft mit schwacher Stimme begabten Protokollführer, so daß selbst die nahe sitzenden Geschwornen nicht alles oder auch nur wenig verstehen) verursacht auch in dieser einen häufig sehr bedeutenden Zeitaufwand Aber auch abgesehen von dieser Zeitverschwendung, kann ihre Wirkung eine sehr schädliche werden. Lediglich aus den Voruntersuchungsacten geschöpft, verschaffen sie diesen leicht einen ungebührlichen Einfluß auf die Geschwornen und erzeugen gegen den Angeklagten eine gefährliche Voreingenommenheit, welche dadurch sicherlich nicht paralysirt wird, daß die Schrift nicht einmal durch den Ankläger, wie es ihr Charakter und Ursprung mit sich brächte, sondern durch eine unparteiische Gerichtsperson vorgetragen und dadurch mehr oder weniger mit dem Nimbus der Authenticität und Unparteilichkeit versehen wird. Aus diesen Gründen erklären sich auch sowohl französische (Hélie und Bonneville), als deutsche Juristen (der preuß. Oberstaatsanwalt Tippelskirch in Goltdammers Archiv II.) gegen die Einrichtung.

Indem wir uns nun zu der Hauptverhandlung wen-

Digitized by Google

den, erinnern wir an die Bemerkung, daß unsere Erörterungen keineswegs eine erschöpfende Besprechung aller, sondern nur einzelner strafproceßrechtlicher Fragen beabsichtigen. Im allgemeinen darf wohl als bekannt vorausgesetzt werden, was für ein großer Unterschied zwischen einer englischen und einer französischen schwurgerichtlichen Verhandlung besteht. Wenn sich unsere Gesetzgebungen das französische Recht nicht so gewissenhaft (freilich, wie oben bemerkt, durch die Umstände genöthigt) zum Vorbilde genommen hätten, so könnte man versucht seyn, dieses in vielen Stücken die Caricatur des englischen Rechts zu nennen. Es ist ein verdienstliches Hauptbestreben des neuen Mittermaierschen Werkes, überall bis ins Detail Vergleichungen zwischen den beiden Rechten anzustellen, und daneben allenthalben unsere Blicke auch auf das schottische und amerikanische Recht zu lenken. Aus diesen Vergleichungen und Nachweisungen ergibt sich die allerdings nicht sehr erquickliche, aber darum doch nicht weniger beherzigenswerthe Lehre, daß wir mit all unserer juristischen Gelehrsamkeit und mit unsern sämmtlichen legislativen Anstrengungen doch sehr weit hinter dem, legislative Reformen scheuenden „Krämervolke" jenseits des Canals zurückgeblieben und noch so manches von ihnen zu lernen haben. Noch mehr aber als das specifisch englische, ist es das schottische Strafverfahren, welches unsere besondere Aufmerksamkeit verdient. Die übersichtliche Darstellung der Eigenthümlichkeiten des schottischen Rechts bei Mittermaier (§. 8) sind in dieser Beziehung höchst lehrreich. Das genauere Studium dieses Rechts würde für uns einen doppelten Werth haben: erstens würde es uns zeigen, inwiefern wir uns durch die Nachahmung des französischen Rechts irre führen ließen; und zweitens würde es uns andererseits vor der Gefahr blinder Bewunderung und Nachahmung des englischen bewahren. Mittermaier macht darauf aufmerksam, daß „auch in der von der englischen Regierung verkündeten Strafproceßordnung für Malta (vom 10 März 1854) im Wesentlichen das schottische Strafverfahren zum Vorbilde genommen wurde". Das schottische Recht steht unseren Gesetzgebungen in vielen sehr wichtigen Punkten auch viel näher, als das englische; so z. B. darin, daß es die Staatsanwaltschaft und einen Assisenhof (aus 3 Richtern bestehend) besitzt, daß die Voruntersuchung nicht öffentlich ist, daß der Wahrspruch der Geschwornen nicht

Digitized by Google

auf Einstimmigkeit zu beruhen braucht, daß es keine Anklagejury, sondern nur eine Urtheilsjury kennt, daß endlich der Angeklagte (resp. der Vertheidiger) in der Hauptverhandlung immer das letzte Wort hat. Das schottische vereinigt vielfach die Vorzüge des englischen Rechts mit denen des französischen, ohne zugleich an den Mängeln beider theilzunehmen. In Summa: fortan sollte hauptsächlich das schottische Recht das Vorbild für unsere Strafproceß-Gesetzgebung seyn. — S. über das schottische Verfahren auch Biener, das engl. G. G. II. S. 247 ff.

Eine Hauptverschiedenheit zwischen dem englisch-schottischen und dem französisch-deutschen Schwurgerichtsproceß bezieht sich auf die Stellung des Vorsitzenden. Sowohl in England und Schottland, als in Frankreich und Deutschland hat der Schwurgerichtspräsident sehr ausgedehnte Befugnisse, ja in gewisser Beziehung geht die Macht des englischen Vorsitzers entschieden weiter, als die des französischen. Nach Mittermaier (S. 451 Note 4; vgl. mit dessen englischem ꝛc. Strafverfahren §. 19) geschieht es oft, daß der Richter den Ankläger, ehe der Vertheidiger spricht, fragt, ob er nicht bessere Beweise habe, und im Fall der Verneinung dieser Frage die Geschwornen zum Ausspruche not guilty veranlaßt. In einem Falle (Mittermaier, das engl. ꝛc. Strafverf. S. 434 Note 5) frug der Richter die Geschwornen nach dem Schlusse der Verhandlung, ob sie es für nöthig hielten daß er ihre Zeit durch die charge in Anspruch nehme, — worauf die Geschwornen mit Nein antworteten und sogleich ihr not guilty aussprachen. In einem andern Falle (Mittermaier „die Gesetzgebung ꝛc." S. 451 Note 3) waren 2 Personen wegen Todtschlags im Streite angeklagt; da aber der Ankläger nicht bestimmt angeben konnte, wer von beiden den Dritten getödtet habe, so erklärte der Richter, daß sich die Anklage nicht aufrecht halten lasse. Die Jury sprach dann not guilty. Im französisch-deutschen Rechte würde ein ähnliches Eingreifen des Präsidenten unzweifelhaft Nichtigkeit begründen. Wie kommt es, daß der freiheitliebende Engländer einen solchen materiellen Eingriff des königlichen Beamten verträgt, während sich der absolutistische Code d'instr. crim. so entschieden dagegen sträubt? Aus dem praktischen Sinne des Engländers allein läßt sich dieß nicht erklären; so weit geht sein praktischer Sinn nicht, daß er aus bloßer Furcht vor Zeitver-

Digitized by Google

luſt ſein fair trial der Discretion eines Beamten, wie der franzöſiſche Aſſiſen-Präſident iſt, überliefern würde. Der Grund davon liegt vielmehr darin, daß er erſtens anderweitige Bürgſchaften dafür hat, daß der Richter ſein discretionary power nicht mißbrauche, und daß er zweitens dem Richter von vorneherein eine mit ſolchen Befugniſſen wirklich verträgliche Stellung eingeräumt hat. Während der franzöſiſch-deutſche Präſident als förmlicher Unterſuchungsrichter mit dem Angeklagten, den Zeugen und den Sachverſtändigen Verhöre anſtellt, ihnen Vorhaltungen, ja Drohungen macht, wenn ihre Ausſagen nicht mit den in den Vorunterſuchungs-Protokollen enthaltenen Depoſitionen übereinſtimmen, während er mehr oder weniger unbewußt und unwillkürlich, durch die Natur der Function getrieben, mit allen in ſeinem pouvoir discretionnaire liegenden Mitteln darauf hinarbeitet, daß ſich ſeine ſubjective, vorgefaßte Vermuthung als wahr herausſtelle, — überläßt der vorſitzende Richter in England das Geſchäft der Beweisführung für die relevanten Behauptungen den Urhebern derſelben, und beſchränkt ſeine Thätigkeit auf Beobachtung und formelle Leitung der Verhandlungen im Intereſſe des Rechts und der Gerechtigkeit. Da er ſich über die Beweisverhandlungen Noten macht, die er in ſeiner charge mittheilt, ſo iſt es ſchon deßwegen (Mittermaier „das engl. Strafverf." S. 313 Note 18) nach der Meinung der engliſchen Juriſten nothwendig, daß er nur ruhig zuhöre und nicht durch die Leitung des Verhörs in Anſpruch genommen werde.

Er hat zwar auch nach engliſchem Rechte die Befugniß, Fragen an die Zeugen und Sachverſtändigen zu ſtellen; allein es iſt Sitte, daß er von derſelben nur ausnahmsweiſe und zwar nur zum Schutze des Angeklagten, nicht im Intereſſe der Anklage Gebrauch mache. Ueber den Satz „the judge is the counsel for the prisoner" ſ. Mittermaier a. a. O. S. 316, 317. Die Hauptaufgabe des Richters in England und Schottland während des Beweisverfahrens iſt die, darüber zu wachen, daß die Regeln des den Schutz der Unſchuld bezweckenden Beweisrechts vom Ankläger nicht verletzt werden.

Was dieß Beweisrecht betrifft, ſo beſitzt bekanntlich die deutſche Literatur eine ausführliche Darſtellung desſelben in der obenangeführten Bearbeitung des Beſt'ſchen Werkes von Marquardſen. Kürzere Ueberſichten finden ſich in Bieners engl. G. G.

Digitized by Google

§. 54, in Stephen Mühry's Handbuch S. 502 ff., in den beiden Mittermaier'schen Werken, in Rüttimanns „Zürcherischen Gesetzen" und in Glasers englischem und schottischem Strafverfahren. Es ist ein Fortschritt in der Behandlung dieses Thema's, wenn die betreffenden Regeln, wie jetzt Mittermaier (a. a. O. S. 487 ff.) versucht, nach ihren verschiedenen Zwecken und Richtungen classificirt werden. Nur mittels einer derartigen Unterscheidung läßt sich die viel besprochene Frage, ob das englische Beweisrecht nachzuahmen, vernünftig beantworten. Mittermaier beantwortet die Frage nur theilweise bejahend und zwar mit Recht, indem jedenfalls die in diesem Rechte anerkannten Vermuthungen, z. B. die der Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten, verwerflich sind. Wir können uns hier nicht ins Detail dieses Beweisrechtes einlassen. Nur in Bezug auf seine Wirkungen sey hier angeführt, was Mittermaier (a. a. O. S. 493.) darüber bemerkt: „Vergleicht man Strafverhandlungen nach dem französischen System mit denen, die in England und Schottland geführt sind, so kann nicht verkannt werden, daß durch eine weise Befolgung des zweiten Systems Vortheile erreicht werden, welche das französische System nicht gewähren kann, weil nach jenem System die Richter (oder Geschwornen) nur einfach geordnete, als von der Vernunft und Erfahrung zur Erlangung der Gewißheit geeignet erkannte Beweismittel erhalten, weil dabei alle trüglichen, nur auf Glauben oder Hörensagen beruhenden Zeugenaussagen, alle leicht irreleitenden unbeeidigten, angeblich nur zum Zwecke der renseignements aufgenommenen Zeugnisse ebenso ausgeschlossen sind, als Beweisführungen, die aus dem Charakter des Angeklagten, aus seinen früheren Vergehen abgeleitet werden. Dieß System hat dann die Folgen, daß schon die Anklageschriften weit einfacher, die Verhandlungen kürzer, auf das Wesentliche beschränkt werden, viele Zeugen, deren das französische System sich bedient, und viele Fragen an sie wegfallen, und die Vorträge des Anklägers wie des Vertheidigers viel einfacher und mehr darauf gebaut sind, eine den Verstand der Urtheilenden befriedigende Ueberzeugung zu begründen."

Indessen ist es vielleicht nicht überflüssig, wiederholt daran zu erinnern, daß diese Regeln für die Geschwornen nicht bindend sind. „Solche Belehrungen" — bemerkt Rüttimann a. a. O.

Digitized by Google

S. 258 — „haben übrigens keine äußere Autorität; ihre Wirksamkeit hängt bloß von ihrer innern Ueberzeugungskraft ab; weiter sind die Geschwornen nicht daran gebunden. Wir müssen daher dahin schließen, daß die englische Beweistheorie weit eher geeignet ist, von Richtern und Geschwornen studirt, als in Gesetzesform eingekleidet zu werden." Ueber die neuere österreichische St. P. O. s. Arnold im Gerichtssaal (1854) 6. Jahrg. 1. Bd. S. 221 ff.

Zu weit scheint Mittermaier in dem Tadel gegen das französische Recht zu gehen, wenn er (S. 482) bemerkt, daß die Geschwornen zu art. 342 C. J. vor der Prüfung nach Beweisregeln „gewarnt" werden; in Note 23 führt er selbst an, daß art. 342 die Prüfung der Beweise verlange. Wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß die Auffassung, nach welcher der Wahrspruch das Ergebniß eines unklaren Gefühls sey, in Frankreich häufig vorkomme, so ist dieß doch nicht die der Gesetzgebung, und wird diese Auffassung von besseren französischen Juristen selbst getadelt. Gegen ähnliche Vorwürfe Geib's („die Reform des deutschen Rechtslebens" S. 135, 138) s. meine Abh. über die Rechtsmittel I. S. 81.

Das ist allerdings richtig und sehr bemerkenswerth, daß die franz. Gesetzgebung ausdrücklich alle (auch nur anweisenden) Regeln für die Würdigung der Beweise verschmäht (La loi ne prescrit point de règles desquelles ils (les jurés) doivent faire particulièrement dépendre la plenitude et la suffisance d'une preuve; nichtsdestoweniger aber weist art. 342 die Geschwornen an, sich zu fragen: „quelle impression ont faite sur leur *raison les preuves* rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense". Während also im englischen Rechte das Princip der freien richterlichen Ueberzeugung für die Entscheidung der Beweisfrage ebenso anerkannt ist, wie im französischen Rechte, besteht der — allerdings bedeutende — Unterschied zwischen beiden Rechten nur darin, daß es in Frankreich mehr vom Zufall (von der intellectuellen und moralischen Tüchtigkeit des jeweiligen Präsidenten) abhängt, welche Summe von Einsicht und Erfahrung im concreten Falle zur Findung der Wahrheit aufgeboten wird, indeß England in seinem law of evidence eine reiche Erbschaft an Einsicht und Erfahrung von Jahrhunderten besitzt, die in jedem concreten Fall zur Disposition steht und die Findung der Wahrheit erleichtert.

Digitized by Google

Ebenso glauben wir eine andere Bemerkung Mittermaiers berichtigen zu müssen. In seinem neuen Werke heißt es S. 477: „Vorzüglich aber siegte nunmehr die Ansicht, daß eine gesetzliche Beweistheorie mit dem mündlichen Strafverfahren unverträglich seyn würde", und in der Note hiezu wird nebst anderen auch meine Schrift über die Rechtsmittel S 80 als Beleg hiefür angeführt. Da die hiemit berührte Frage eine principielle ist, scheint es geboten zu seyn, dieselbe hier in Kürze zu besprechen. Ich habe in §. 24 meiner Schrift die Unverträglichkeit der bindenden Beweistheorien mit dem Untersuchungsprincip (nicht mit dem Princip der Mündlichkeit) zu zeigen versucht. Es wird genügen, wenn ich hier die Bemerkung auf S. 86 wiederhole: „Wenn das Untersuchungsprincip oder der Grundsatz des Strebens nach materieller Wahrheit den Sinn hat, daß dem urtheilenden Richter der concrete Fall seinem wahren Sachverhalte nach in allen seinen Einzelnheiten und Eigenthümlichkeiten vor Augen gestellt werden solle, um ihn seiner Individualität gemäß würdigen zu können, so wird jenem Princip offenbar die Spitze abgebrochen, wenn an die Stelle der concreten individuellen Würdigung des Falles die Entscheidung nach einer allgemeinen von andern Fällen abstrahirten Regel gesetzt wird. Das Concrete und Individuelle wird hier unerwarteter Weise wieder als Abstractes und Allgemeines d. h. nach allgemeinen und abstracten Regeln und Formeln behandelt .... Und S 84: Was nützt es, daß der concrete Fall aufs allergründlichste und vollständigste untersucht und alle möglichen Erhebungen zur Herstellung des wahren Sachverhalts gepflogen werden, — wenn dann die hieraus gewonnene Ueberzeugung nicht die Entscheidung geben darf, weil das Resultat der Untersuchung mit dieser oder jener allgemeinen gesetzlichen Regel nicht übereinstimmt? Die reife Frucht der Untersuchung, die Evidenz, die Ueberzeugung wird hier weggeworfen, weil sie in keine der vom Gesetzgeber modellirten Formen paßt.

In Bezug auf das Verhältniß der bindenden Beweistheorie zur Mündlichkeit bin ich allerdings noch der Ansicht, daß ein mündlich unmittelbares Beweisverfahren mehrere Wahrheitserkenntnißmittel bietet, z. B. das Benehmen des Angeklagten und der Zeugen bei ihrer Vernehmung, die gar nicht in ein System bindender Beweisregeln aufgenommen werden können und auch noch

Digitized by Google

nie in ein solches aufgenommen worden sind, — die also ganz verloren gehen. —

Was nun weiter die Form des Beweisverfahrens betrifft, so zeigt sich gerade hierin am auffälligsten die innere Verschiedenheit zwischen dem englisch-schottischen und französisch-deutschen Rechte. Der englisch-schottische Proceß bietet das Bild eines mit gleichen Waffen geführten Kampfes zwischen dem Ankläger und dem Angeklagten. Quisquis præsumitur bonus donec probetur contrarium. Der Angeklagte hat die Vermuthung der Nichtschuld für sich; der Staat erkennt dieß als Recht an, und legt dem Ankläger die Pflicht auf, seine Anklage zu beweisen. Das englische Recht muthet nicht dem Angeklagten zu, daß er selbst den Beweis seiner Schuld ganz oder theilweise liefere oder dem Ankläger die Beweisführung erleichtere (Nemo se ipsum accusare tenetur), m. a. W. es werden mit dem Angeklagten keine inquisitorischen Verhöre angestellt, und zwar weder von Seiten des Vorsitzenden, noch von Seiten des Anklägers. Der Angeklagte hat nicht die Folter peinlicher Vorhaltungen auszustehen, wenn seine jetzigen Angaben mit den früheren nicht übereinstimmen. Kein ehrgeiziger Präsident kann da in Versuchung gerathen, seine geistige Ueberlegenheit über den ungebildeten Angeklagten in listigen und verfänglichen Fragen vor einem andächtigen, dankbaren Publicum glänzen zu lassen. Man sucht alles zu vermeiden, wodurch die ohnehin durch die Natur jedes Strafprocesses bedingte mißliche Stellung des Angeklagten noch mehr verschlimmert werden könnte. Man begnügt sich ihn zu fragen, ob er sich etwa freiwillig schuldig bekennen wolle, — und anstatt ihm die Willkommenheit eines Geständnisses merken zu lassen, macht der Richter ihm ernstliche und eindringliche Vorstellungen über die aus einem Geständnisse hervorgehenden Rechtsnachtheile, ja es kommt nicht selten vor, daß er ihn zur Zurücknahme seines bereits gesprochenen guilty bewegt. S. Fälle bei Mittermaier a. a. O. S. 446.

Das englische Recht hält es aber noch keineswegs für genügend, daß der Angeklagte keinem Verhöre unterworfen werde; sondern es hält für nothwendig, daß ihm dieselben Rechte in Bezug auf die Beweisführung eingeräumt werden, wie dem Ankläger. Wie dieser (sey es nun eine Privatperson oder ein Beamter) seine

Digitized by Google

Zeugen und Sachverständigen selbst producirt und examinirt, so auch der Angeklagte, und ebenso wie der Ankläger das Recht hat, ohne besondere Erlaubniß und ohne Vermittelung des Vorsitzers direct an die Zeugen und Sachverständigen seines Gegners Fragen zu stellen, ebenso auch der Angeklagte. Ebenso auch die Züricher St. P. O. §. 232, 233, 234 s. Rüttimann a. a. O. S. 194 ff. Wenn dagegen das englische Recht (nicht das schottische) dem Angeklagten nicht das Privilegium des letzten Wortes einräumt, wie unsere Gesetzgebungen thun (s. darüber Mittermaier a. a. O. S. 431), so ist dieß allerdings ein Mangel; — aber wir haben nicht das Recht, dem englischen Rechte daraus einen Vorwurf zu machen, solange wir dem Angeklagten (resp. seinem Vertheidiger) nicht das ungleich wichtigere Recht der ungehinderten directen Zeugenbefragung ebenso gewährt haben werden, wie dem Staatsanwalte. Die fraglichen Beschränkungen des Angeklagten, wie sie sich in der französischen und neueren deutschen Gesetzgebung finden, sind in der That sehr bedeutende Beeinträchtigungen seines Rechtes auf freie Vertheidigung; sie enthalten geradezu eine Ungerechtigkeit.

Bei der Frage, ob die englische Form des Beweisverfahrens bei uns einführbar sey, möchte vielleicht das Bedenken erhoben werden, daß der Angeklagte bei dieser Form durch das Institut der Staatsanwaltschaft in eine viel schlimmere Lage kommen könne, als bei der französischen Form, nach welcher der Präsident die Zeugen zu vernehmen hat. Dieses Bedenken hat allerdings guten Grund, indem die tägliche Erfahrung lehrt, daß bei uns häufig in den wichtigsten Criminalfällen den geübtesten und gewandtesten Staatsanwälten sehr unbeholfene, im Anfange ihrer praktischen Lehrzeit stehende Staatsdienstaspiranten als Vertheidiger gegenüberstehen. Hier die Zeugenvernehmung in der Hand eines erfahrungsreichen vielgeübten Staatsanwalts; dort die Zeugenvernehmung in der Hand eines jungen, wegen Mangels an Erfahrung und Uebung schüchternen Rechtscandidaten: — es bedarf wohl keiner weiteren Auseinandersetzung, um den großen Unterschied und die darin für den Angeklagten liegende Gefahr zu begreifen!

Wollte man etwa für solche Fälle den englischen Grundsatz the judge is the counsel for the prisoner in Anwendung bringen und dem Präsidenten auftragen, die nöthige Bei- und Nach-

Digitized by Google

hülfe zu leisten, so würde dieser offenbar ganz und gar aus seiner beobachtenden und leitenden unparteiischen Stellung hinausgeworfen, und wir bekämen das doch gar zu absonderliche Schauspiel eines förmlichen Kampfes zwischen zwei öffentlichen Aemtern! Nein; wenn bei uns — was sehr zu wünschen — die englische Form eingeführt, und die Zeugenvernehmungen nicht mehr vom Präsidenten vorgenommen werden sollten, so wäre es unumgänglich nothwendig, dafür zu sorgen daß den Staatsanwälten ebenbürtige Vertheidiger gegenüberstehen. Nach dem preußischen Ges. v. 3 Mai 1852 Art. 77 kann der Vorsitzende auch der Staatsanwaltschaft und dem Vertheidiger auf deren übereinstimmenden Antrag das Verhör der Zeugen überlassen. „In diesem Falle" — heißt es dann weiter — „ist die Staatsanwaltschaft befugt, alle Zeugen mit Ausnahme der nur auf Begehren des Vertheidigers geladenen oder erschienenen zu verhören, wobei nach dem Verhör jedes Zeugen dem Vertheidiger das Kreuzverhör zusteht. Der Vertheidiger verhört darauf die nur auf sein Begehren geladenen oder erschienenen und beliebigenfalls die von der Staatsanwaltschaft nicht verhörten Zeugen. In Ansehung derselben hat alsdann die Staatsanwaltschaft das Kreuzverhör ....." S. Frantz, Preuß. St. P. 2. Aufl. S. 211.

Nach Hefftters Zeugniß Lehrb. 5. Aufl. S. 544 Note 7 und 8 wird aber von dieser Einrichtung fast gar kein Gebrauch gemacht. Ueber den Grund hievon s. Mittermaier a. a. O. S. 472 Note 29. S. über die Beweisführung nach englischem Rechte überhaupt auch noch Biener das englische G. G. §§. 50, 51 und 52. —

Zu den legislativen Detailfragen des Strafproceßrechts, welche bereits eine Art von Literatur besitzen, gehört unter anderen auch die, ob die Thätigkeit der Geschwornen im Falle des Geständnisses des Angeklagten auszuschließen sey oder nicht. Im englischen Rechte ist die Frage bekanntlich bejaht, im französischen dagegen verneint. Einige deutsche Gesetzgebungen, darunter namentlich die preußische (Verordnung vom 3 Januar 1849 §. 98 und Ges. vom 3 Mai 1852 Art. 75 s. Frantz preußische St. P. S. 207 ff.) und württembergische (Ges. v. 14 Aug. 1849 Art. 90), sowie auch die Zürcher (s. Rüttimann S. 182) und Thurgauer (Ges. v. 28 Nov. 1854) haben sich dem

Digitized by Google

englischen, die meisten deutschen aber dem französischen Rechte angeschlossen. Köstlin (zuletzt in seinem Wendepunkt S. 34, 96, 120, 133, 155; 159) und Abegg (kritische Betrachtung des Entwurfs einer St. P. O. für die preußischen Staaten. Halle 1852 S. 150 ff.) haben das englische, — Mittermaier (im Gerichtssaal 1849, 1. Bd. S. 431. und jetzt wieder in seinem neuen Werke §. 32), Schwarze (die Reform des Strafverfahrens in Sachsen S. 103), und ich (im Archiv des Kr. R. 1851 S. 225 ff.), sowie neuerlich auch Arnold (im Gerichtssaal 1855 1. Bd. S. 263 ff.) und Osenbrüggen (in der kritischen Zeitschrift für die ges. R. W. 1. S. 407 ff. [414]) das französische Recht vertheidigt. Biener hat sich im zweiten Bande seiner Abhandlungen (S. 123) für das französische, in seinem englischen G. G. §. 39. dagegen für das englische Recht erklärt. „Es liegt in diesem Spruche (über die Schuld) neben der Assertion gewisser Thatsachen ein eigentliches juristisches Urtheil, für welches in England die von dem Richter gegebene Direction normirend ist. Sobald daher jene Thatsachen durch das Geständniß verificirt werden, hat nach unserer Meinung die Jury nichts mehr zu thun, weil ihr eigentlicher Beruf nur auf die Thatsache geht". Dieß ist Bieners Argumentation gegen meine Ausführung. Allein auch abgesehen davon, daß der Beruf der Jury nicht ausschließlich in der Feststellung von Thatsachen besteht, und daß die vom Richter gegebene Direction für das im Wahrspruche enthaltene „juristische Urtheil" (welches also Biener doch zugibt) nicht bindend (für die Geschwornen) ist, so hätte doch nicht übersehen werden dürfen, daß die Thatsachen durch das Geständniß allein niemals vollständig verificirt werden können. Das Geständniß hat in keinem Strafproceßrechte, welches sich der Idee und der Bestimmung des Strafrechts nur einigermaßen bewußt war, unbedingte Glaubwürdigkeit oder unbedingte Beweiskraft besessen. Schon in den Digesten (L. 1. §. 27 de quæst.) heißt es: Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnumquam enim aut metu aut qua alia de causa in se confitentur, — und selbst im englischen Rechte wird die Glaubwürdigkeit des Geständnisses vom vorsitzenden Richter einer sehr genauen Prüfung unterworfen.

Gerade der Hauptpunkt aber, um den es sich bei der vor-

Digitized by Google

liegenden Streitfrage handelt, wird von Biener und den übrigen Vertheidigern des englischen Rechtes meist mit Stillschweigen übergangen. Da nämlich die unumgängliche Nothwendigkeit einer solchen Prüfung auch von allen Gesetzgebungen anerkannt wird, so ist die Hauptfrage die: was heißt es, die Glaubwürdigkeit oder Beweisfähigkeit eines in einer Strafsache abgelegten Geständnisses prüfen und beurtheilen? Worin besteht das Wesen und die innere Natur dieser Prüfung, — und was ist der wesentliche Gehalt des aus dieser Prüfung zu gewinnenden Urtheils? Nur wenn man das Wesen einer Function richtig erkannt hat, läßt sich die Frage, welchem Organ dieselbe zu übertragen sey, richtig beantworten.

Das Geständniß prüfen heißt nun aber nichts anderes, als untersuchen, ob der Angeklagte auch wirklich schuldig sey; die Entscheidung über die Beweistüchtigkeit des Geständnisses steht also demjenigen Organ der Strafrechtspflege zu, welches die Schuldfrage zu beantworten hat, und dieses Organ ist im Schwurgerichtsprocesse die Geschwornenbank. Wie wenig durch das Geständniß für sich allein die Schuldfrage in allen Fällen beantwortet wird, ergibt sich schon daraus, daß hiezu in manchen Fällen nicht einmal ein vollkommen glaubwürdiges Geständniß hinreicht. Denn das Geständniß kann vollkommen glaubwürdig und dennoch die Schuld (die Anschuldigung) nicht bewiesen seyn, nämlich in dem Falle, wenn durch den Inhalt des Geständnisses der Inhalt der Schuldfrage in concreto (der concreten Anschuldigung) entweder gar nicht oder nur theilweise gedeckt wird.

Das englische Recht erklärt sich historisch als ein Ueberbleibsel aus dem früher herrschend gewesenen (wahren) Anklageprincip. Noch weniger stichhaltig als die Bienersche ist die Abegg'sche Ausführung, indem diese davon ausgeht, daß die Prüfung des Geständnisses eine „Rechtsentscheidung" sey! Erstens ist die fragliche Prüfung, wie überhaupt jede Prüfung, keine Entscheidung, und zweitens ist sie noch viel weniger eine „Rechtsentscheidung". Mit demselben Rechte könnte jede Beweisfrageentscheidung (oder Thatfrageentscheidung) eine Rechtsentscheidung genannt werden, wenn sie auch nicht nach bindenden Beweisregeln erfolgt ist. Ein anderer nicht geringerer Irrthum in der Abegg'schen Ausführung ist

Digitized by Google

es, wenn daselbst behauptet wird, daß die Prüfung des Geständnisses „als Grundlage für das Urtheil" zu den Rechtsentscheidungen gehöre. Danach würde also alles, was Grundlage für das Urtheil ist, zu den Rechtsentscheidungen gehören. — Das Nähere s. in meiner Abhandlung und in den Ausführungen bei Arnold und Mittermaier.

Eine der allerwichtigsten Fragen des Schwurgerichtsprocesses ist die, wie der Schlußvortrag des vorsitzenden Richters beschaffen seyn solle, — womit zum Theil das ebenfalls sehr wichtige Institut der Fragestellung in nahem Zusammenhange steht. Mittermaier stellt auch hier (§. 36 S. 509 ff.) lehrreiche Vergleichungen zwischen dem englisch-schottischen und dem französischen Rechte an. Was die deutschen Gesetzgebungen betrifft, so bildet gerade der Schlußvortrag des Präsidenten einen von denjenigen Punkten, worin sich mehrere Gesetzgebungen dem französischen Rechte gegenüber glücklicher Weise größere Selbständigkeit bewahrt und zum Theil eigene Wege eingeschlagen haben.

Der ungeheure Unterschied zwischen den Schlußvorträgen der englischen und denen der französischen Richter kann wohl im allgemeinen als bekannt vorausgesetzt werden. Die charge des englischen Vorsitzers besteht bekanntlich aus mehreren wesentlich verschiedenen Bestandtheilen. Bei der Uebertragung des Geschworneninstituts nach Frankreich hatten nun die französischen Gesetzgeber das Unglück, von diesen Bestandtheilen gerade denjenigen herauszunehmen und als den wichtigsten zu betrachten, welcher sich am wenigsten zur Nachahmung empfiehlt, nämlich die Recapitulation der in den Verhandlungen zu Tage gekommenen Thatsachen und Beweise, — salva venia eine wahre Eselsbrücke für unaufmerksame Geschworne, ein testimonium paupertatis a priori für sämmtliche Geschworne, eine förmliche Anstiftung zur Unaufmerksamkeit für den Gewissenlosen*). Die französischen Gesetzgeber vermeinten zwar die weitere

*) Es sey gestattet, den Vertheidigern des résumé das Urtheil eines französischen Juristen entgegenzuhalten. *Boitard*: »Leçons sur les codes pénal et d'instr. crim. 5 ed. Paris 1851 pag. 534 sagt: En effet, si dans les art. 312, 343 et 353 la loi interdit au jurés toute communication au dehors, si elle atteste par là le désir de faire que leur verdict soit l'expression pure et simple de leur conviction

Digitized by Google

in diesem résumé liegende Gefahr einer ungebührlichen parteiischen Leitung der Geschwornen seitens des souverän resumirenden Präsidenten durch die widernatürliche Vorschrift beseitigen zu können, daß letzterer seine eigene Ueberzeugung in dem Vortrage nicht durchblicken lassen dürfe; — allein es war doch die Widernatürlichkeit dieser Vorschrift und die Unzweckmäßigkeit des ganzen Instituts zu handgreiflich, als daß man sich nicht bei einigem Nachdenken und bei nicht allzugroßer Unselbständigkeit von dem französischen Muster abzuweichen erlaubt hätte. Außer der belgischen und zwei Schweizer Gesetzgebungen haben sich denn auch wirklich die bayerische und die braunschweigische diese Abweichung erlaubt, — die braunschweigische, indem sie den Schlußvortrag des Vorsitzenden, wie die belgische, gänzlich über Bord warf, die bayerische, indem sie an die Stelle des résumé denjenigen Bestandtheil der englischen charge setzte, welcher die juristische Belehrung der jury über die in den Fragen vorkommenden Rechtsbegriffe enthält. Somit bildet die bayerische Gesetzgebung eine Verbesserung sowohl des englischen als französischen Rechts, ohne, wie die belgische und braunschweigische, das Kind mit dem Bade ausgeschüttet zu haben. Die bezeichnete juristische Belehrung scheint insbesondere da unentbehrlich zu seyn, wo die Gesetzgebung, wie die bayerische und braunschweigische, sich von der französischen Marotte, alle Rechtsbegriffe so viel wie möglich aus den Fragen zu entfernen, nicht anstecken ließ, sondern, das englische Recht unverfälscht recipirend, den Geschwornen auch die rechtliche

---

personnelle, on ne comprend guère un système de resumé qui laissant presque toujours apercevoir l'opinion du président, exerce par là même sur le jury une influence assez forte, ou pour mieux dire la plus puissante des influences. Toute ce qu'on peut dire pour le resumé, ce qu'il est important, dans des débats prolongés de remettre sous les yeux du jury les faits capitaux qu'il aurait pu perdre de vue. Cependant, on pourrait dire qu'il y a dans ce système plus d'inconvénients que d'avantages; qu'il enlève à l'accusé le bénéfice d'avoir la parole le dernier; qu'enfin, si on suppose que le jury, après avoir entendu les plaidoiries respectives, n'est pas en état de se former une conviction personnelle, cela irait non pas seulement à modifier, mais à supprimer même l'institution.

Digitized by Google

Qualification der Thatsachen übertrug. Indessen ergibt sich nach Mittermaier (a. a. O. S. 536) „doch aus der Beobachtung der Rechtsübung in Braunschweig, daß die Entscheidung der Geschwornen eine befriedigende ist, obwohl sie in Braunschweig des in England wohlthätig wirkenden Mittels beraubt sind, daß der Vorsitzende ihnen im Schlußvortrage die nöthige Rechtsbelehrung gibt".

Wir dürfen wohl annehmen, daß diese Erscheinung in der braunschweigischen Rechtspflege, sowie die fragliche Eigenthümlichkeit der braunschweigischen Gesetzgebung mit den sogleich zu erwähnenden eigenthümlichen Bestimmungen dieser Gesetzgebung über die Art der Feststellung der von den Geschwornen zu beantwortenden Fragen zusammenhänge.

Hinsichtlich des Schlußvortrags des Präsidenten übrigt uns nur noch die Bemerkung, daß die Befugniß des Staatsanwalts und Vertheidigers, gegen diesen Vortrag triftige Einwendungen zu erheben, im weiterem Umfange anzuerkennen wäre, als dieß von den positiven Rechten geschieht. (S. Mittermaier a. a. O. S. 512). Ueber den Schlußvortrag im Allg. s. auch noch Biener, Das engl. G. G. §. 53. —

Bei dem Institute der Frageſtellung kommen 3 Hauptfragen in Betracht:

1) ob es überhaupt nothwendig und zweckmäßig sey, den Geschwornen besondere Fragen vorzulegen;

2) worin der Inhalt der Fragen zu bestehen habe, und

3) auf welche Art die Feststellung der Fragen am zweckmäßigsten geschehen könne.

Was die erste Frage betrifft, so läßt sich offenbar eine Unentbehrlichkeit der von den französischen Gesetzgebern erfundenen Einrichtung nicht behaupten: das englische, schottische und nordamerikanische Recht beweist, daß die Jury ihre Aufgabe auch ohne solche Fragen zu lösen vermag, und ich für meinen Theil kann mich nicht dazu entschließen an dem — wenn auch nur stillschweigenden — Bekenntnisse einer Ueberlegenheit der englischen über die deutsche Geschwornenintelligenz Theil zu nehmen. Ueberdieß scheint es auch nicht über allen Zweifel erhaben zu seyn, daß in dem Institute der Frageſtellung eine Erleichterung der Geschwornenaufgabe liege. „Mit Recht" — sagt Mittermaier in seinem engli-

Digitized by Google

schen ꝛc. Strafverfahren S. 447 — „führen englische, mit der französischen Rechtsübung vertraute Praktiker als einen Grund gegen Einführung des französischen Systems die große Zahl der Verwickelungen an, welche das System herbeiführt; sie berufen sich darauf, daß bei diesem System eine zu große Gewalt in die Hände des Präsidenten gelegt wird, von dessen Fragestellung so oft es abhängt, ob die Jury das Schuldig oder Nichtschuldig aussprechen muß“ .... „Mit Recht machen englische Praktiker auf die in jedem Jahre in Frankreich vorkommenden und vielfach nachtheiligen Cassationen aufmerksam, welche wegen unrichtig gestellter Fragen ausgesprochen werden müssen“ .... „Diese (die englische) Einrichtung wird von den Praktikern und Geschwornen der Länder, in welchen sie besteht, als höchst vortheilhaft anerkannt, weil sie die Berathung der Geschwornen vereinfacht, erleichtert und abkürzt, ohne das öffentliche Interesse zu gefährden“.

Vgl. auch v. Tippelskirch in Goltdammer's Archiv IV. S. 11. —

Wenn aber in unsern Proceßordnungen die englische Einrichtung Aufnahme finden sollte, so müßte sie nothwendig von der im neueren englischen Rechte anerkannten Befugniß der Geschwornen begleitet seyn, den Angeklagten wegen eines geringeren Vergehens für schuldig zu erklären, als worauf die Anklage gerichtet war, (vorausgesetzt, daß die Thatsachen, worauf das geringere (bewiesene) Verbrechen beruht, wenigstens implicite in der gestellten Anklage enthalten waren). Vergl. über diese Befugniß Mittermaier a. a. O. S. 449 ff. —

Das französische Institut der Fragestellung steht mit der irrthümlichen Auffassung der Geschwornen als Richter der That in Zusammenhang; das Streben, den Geschwornen alle Entscheidung über Rechtsfragen zu entziehen, führte zur Stellung besonderer Fragen, die vermeintlich von allen juristischen Ingredienzien gereiniget wären. Nachgerade beginnt man auch in Frankreich das Vergebliche dieses Bemühens und die Irrthümlichkeit der dem Geschwornengerichte angeblich zu Grunde liegenden Idee der vollständigen Trennung des Thatsächlichen vom Rechtlichen einzusehen; vielleicht gibt man später mit dem Zwecke auch das Mittel wieder auf.

Solange indessen das Institut besteht, ist die erste Frage die, was der Inhalt der an die Geschwornen zu stellenden

Digitized by Google

Fragen seyn solle. Diese Frage ist bekanntlich eine der schwierigsten des gesammten neueren französisch-deutschen Strafproceßrechts. „Die Schwierigkeiten welche sich hinsichtlich der Fragestellung des Schwurgerichtspräsidenten an die Geschwornen ergeben, sind allgemein anerkannt, und keiner Gesetzgebung ist bisher eine nach allen Seiten genügende Lösung derselben gelungen". Diese Bemerkung eines bayerischen Praktikers (Staatsanwalt v. Stengel in der Zeitschr. f. Gesetzgebung und Rechtspfl. d. K. B. II. S. 362) ist vollkommen richtig. Sowohl die französische, als die neueren deutschen Gesetzgebungen versetzten die Praktiker in der fraglichen Beziehung durch die Unzulänglichkeit ihrer Bestimmungen in große Noth und Verlegenheit. S. die Zusammenstellung dieser Bestimmungen bei Brauer a. a. O. S. 189 ff.

In der französischen Literatur finden sich natürlich schon viele sehr ausführliche Erörterungen des fraglichen umfangreichen Gegenstandes. Auch die deutsche Literatur erfreut sich bereits mehrerer ins einzelne eingehenden Besprechungen, durch welche der Praxis wesentliche Dienste geleistet wurden, z. B. durch die Abh. v. Stemann im Arch. des Crim. R. 1852 S. 524 — 538. v. Arnold „die Fragenstellung an die Geschwornen" im Gerichtssaal 1855 I. Seite 189 — 231; v. Dollmann in Seuffert's Blättern f. R. A. 1854 Nr. 20, 21; von Stengel a. a. O. (Bd. 2 und Bd. 3 S. 284 ff.). S. auch Biener, „Das englische G. G." §. 55. Mittermaier a. a. O. §. 37 und Goltdammer's Archiv 4. Bd. 1856. 1. Heft. S. 82 ff. und 4. Heft (über einige Mängel der Fragestellung ꝛc.). Gleichwohl ist es noch ein bisher nicht befriedigtes Bedürfniß, daß die ganze Lehre von der Fragestellung zum Gegenstande einer eigenen ausführlichen monographischen Bearbeitung gemacht werde; die Lehre vom Inhalte der Fragen würde dabei natürlich die Hauptsache seyn. Wir müssen uns hier auf die Hervorhebung dieses Bedürfnisses beschränken, und wollen nur noch hinsichtlich des vielbesprochenen Satzes: ad quæstiones facti respondeant juratores, ad quæstiones juris respondeant judices auf das hinweisen, was darüber jetzt von Mittermaier als Ansicht der Engländer vorgebracht wird. Danach kann nunmehr in England die Ansicht unter den Praktikern als die herrschende angesehen werden, daß die Geschwornen nicht bloß bei Preßprocessen, sondern in allen Fällen (abgesehen von dem Specialverdict) nicht nur Thatfragen, son-

Digitized by Google

dern auch Rechtsfragen zu entscheiden haben, insoweit solche mit der Schuldfrage in Zusammenhang stehen. Diese Ansicht ist auch in dem neuesten nordamerikanischen Gesetze (dem von Massachussetts vom Jul. 1855) ausdrücklich aufgenommen worden. S. darüber Dr. Franz Mittermaier in der Zeitschr. f. ausländische Gesetzg. XXVII. Nr. XX. Aus der übrigen Literatur über die Streitfrage mögen hier nur hervorgehoben seyn: Biener „Das englische G. G." §. 40; von Arnold „Thatfrage; Rechtsfrage" im Gerichtssaal 1855 I. S. 125 — 147; *Boitard*, „Leçons sur les Codes pénal et d'instr. crim. 5. ed. Paris 1851 pag. 492 ff.; aus der älteren deutschen Literatur Feuerbach „Betrachtungen über das G. G." S. 167 ff. und Zentner, „Das G. G." (2. Ausg.) S. 360 ff.

Ueber die Verwerflichkeit alternativer Fragen insbesondere s. Mittermaier a. a. O. S. 543 und Arnold im Gerichtssaal 1855, I. S. 216. —

In genauem Zusammenhange mit der Lehre vom Inhalt der Fragen steht die Frage von der Bedeutung derselben: — hat die Fragestellung bloß den Zweck, den Geschwornen ihre Aufgabe zu erleichtern, oder hat sie daneben (ja vielleicht vorzüglich) den Zweck, der Thätigkeit und den Befugnissen der Geschwornen gewisse unüberschreitbare Gränzen zu setzen? Diese Frage ist keineswegs eine bloß theoretische; sie ist vielmehr von praktischer Wichtigkeit für die Entscheidung der Frage, ob die Geschwornen ihrem bejahenden Wahrspruche Erklärungen z. B. die der sogenannten geminderten Zurechnungsfähigkeit beifügen dürfen, wenn auch auf die in solchen Erklärungen enthaltenen Umstände keine Frage gestellt war. Es kam diese Frage bereits mehrmals zu gerichtlicher Entscheidung, und sie wurde auch schon Gegenstand mehrfacher zu verschiedenen Resultaten führender Erörterungen. S. Sitzungsber. der bayer. Strafgerichte Bd. 4. S. 453 ff. und Bd. 5. S. 126 ff. Seuffert in den Bl. f. R. A. Bd. XIX. S. 1 ff. und meine Abh. in Hitzig's Annalen der Criminalrechtspfl. N. F. v. Schletter Bd. 40, 3. Heft. S. 207 — 233 (dazu Nachtrag von Biener ebend. Bd. 42 1. Heft S. 1 — 6). S. jetzt auch Mittermaier a. a. O. S. 580. Wir haben bereits oben bemerkt, daß das Institut der Fragestellung mit der Auffassung der Geschwornen als Richter der That im Zusammenhange stehe, indem man die Fragestellung als Mittel zur vermeintlich conse-

Digitized by Google

quenten Durchführung dieser Auffassung benützte. Aus dieser Entstehungsart des Instituts der Fragestellung dürfte sich für das französische Recht eine verneinende Antwort auf obige Frage ergeben, und anzunehmen seyn, daß die das Institut sans phrase recipirenden deutschen Gesetzgebungen das französische Recht auch in der fraglichen Beziehung stillschweigend anerkannt haben. Wir wollen uns indeß hier nicht auf eine positivrechtliche Erörterung der Streitfrage einlassen und dieselbe nur vom legislativen Standpunkt aus beantworten. Von diesem Standpunkte aus müssen wir es aber vor allem wiederholt tadeln, wenn die Gesetzgebung in keiner Weise dafür gesorgt hat, daß die Geschwornen ihre Ueberzeugung von der geringeren Schuld des Angeklagten zur Anerkennung bringen können, d. h. wenn sie nicht einmal die Bestimmung enthält, daß ein Antrag (des Vertheidigers oder eines Geschwornen) auf Stellung der Nebenfrage (z. B. der geminderten Zurechnungsfähigkeit) vom Präsidenten nicht zurückgewiesen werden dürfe. S. preuß. Ges. vom 3 Mai 1852 Art. 81 und 84. (Frantz a. a. O. S. 223.) Ueber das französische Recht s. *Boitard*, l. l. p. 551. und Tréhutien l. l. pag. 434. Aber auch diese Bestimmung ist nicht genügend. Es muß, wie dieß das Zürcher Ges. von 1853 §. 251 thut, den Geschwornen ausdrücklich die Befugniß ertheilt werden, auch ungefragt ihrem bejahenden Wahrspruche die Erklärung beizufügen, daß ein bestimmter Schuldmilderungsgrund vorliege.

Dagegen kann auch de lege ferenda keineswegs von einer gänzlichen Unbeschränktheit der Geschwornen, alle beliebigen Erklärungen abzugeben, die Rede seyn. Wollte man auch die fragliche Befugniß der Geschwornen noch so weit ausdehnen, so müßte sie doch jedenfalls, wie die Fragen selbst, an dem Inhalte des Verweisungsbeschlusses ihre Gränze finden; in keinem Falle darf der Angeklagte (durch den bejahenden Wahrspruch sammt Zusatz) wegen einer anderen That für schuldig erklärt werden, als wegen welcher er vor Gericht verwiesen (angeklagt) worden ist. Näheres in meiner Abh. a. a. O.

Was endlich die Art der Fragenstellung betrifft, so kommen hier vorzüglich die einschlägigen Bestimmungen der braunschweigischen St. P. O. v. 22 Aug. 1849 in Betracht, indem dieselben ganz eigenthümlich, dabei aber höchst zweckmäßig sind:

Digitized by Google

§. 136. Nach erfolgter Beweisaufnahme macht der öffentliche Ankläger mit Bezug auf deren Ergebnisse seine Anträge, schließt mit der Aufstellung bestimmter, dem Geschwornengerichte vorzulegender Fragen ..... und übergibt dieselben schriftlich dem Präsidenten, welcher solche verliest. §. 137. Hierauf erfolgt die Vertheidigung des Angeklagten, die sich auf die aufgestellten oder aufzustellenden Fragen erstreckt. Gegen dieselben kann der öffentliche Ankläger Gegenbemerkungen machen, nach welchen der Vertheidiger nochmals zu hören ist. §. 138. Der Präsident fordert nunmehr den Angeklagten auf, zu erklären, ob er noch etwas vorzubringen habe, und erklärt sodann die Sache für geschlossen. §. 139. Nach vorgängiger Berathung entwirft das Gericht die den Geschwornen vorzulegenden Fragen, welche von dem Präsidenten zu unterschreiben und laut zu verlesen sind. —

Mit dieser Einrichtung — und nur mit dieser — ist der großen Wichtigkeit der Fragen für das Resultat des ganzen Strafverfahrens und das Schicksal des Angeklagten gebührend Rechnung getragen. Mittermaier (a. a. O. S. 537 Note 75) bezeichnet es zwar mit Recht „als eine gute Sitte", daß hie und da bayerische Assisenpräsidenten in ihren Schlußvorträgen zuerst die zu stellenden Fragen angeben, und dann den Sinn der Frage und die Bedeutung der einzelnen gebrauchten Ausdrücke z. B. Vorbedacht, Einsteigen, Einbruch nach dem gesetzlichen Sprachgebrauch zergliedern. Jedenfalls verdient diese Procedur den Vorzug vor der Mittheilung der Fragen am Schlusse des Vortrags, wodurch nicht selten Staatsanwalt und Vertheidiger ebenso überrascht werden, wie die Geschwornen, und wodurch das Recht der Einwendungen gegen die Fragestellung beinahe illusorisch gemacht wird. Allein als genügend kann auch die bezeichnete Sitte nicht befunden werden, wenn man bedenkt, wie sehr der Ausgang des Processes vom Inhalte der Fragen abhängig ist. Die Fragen sind im französisch-deutschen Verfahren das, was im englischen die Anklageacte ist, — wie diese im englischen Verfahren vom Anfang bis zum Ende den Gegenstand der Verhandlungen und Erörterungen bildet, so müssen auch, wenn man das Institut der Fragestellung beibehalten will, die von den Geschwornen zu beantwortenden Fragen so zeitig wie möglich aufgestellt und zum Gegenstande der Verhandlungen gemacht werden. Die Anklageschrift resp. der Verweisungsbeschluß

Digitized by Google

bilden bekanntlich nicht die alleinige Quelle, aus welcher das Fragenmaterial geschöpft wird, — auch solche Umstände, von denen in jenen Actenstücken noch nichts vorkommt, die vielmehr erst in der mündlichen Hauptverhandlung zur Sprache gekommen sind, können Fragestoff seyn. Die Geschwornen erfahren im französischen Processe das, was sie zu entscheiden haben, genau erst zu einer Zeit, wo eigentlich das Urtheil jedes einzelnen schon fertig seyn sollte; es wird zu einer Zeit gefragt, wo jeder schon sollte antworten können. Der Staatsanwalt und der Vertheidiger erhalten von den Fragen erst zu einer Zeit Kunde, wo die Periode ihrer Hauptthätigkeit bereits vorüber ist und jedes Auftreten wie eine Anomalie, wenn nicht gar Anmaßung empfunden wird.

Die Natur der Sache erfordert, daß der Ankläger nach dem Schluß des Beweisverfahrens erkläre, ob und wie er mit Rücksicht auf das Resultat desselben die Anklage aufrecht erhalten wolle, welche Modificationen er zulässig finde, — und diese Erklärung kann nicht präciser und bestimmter geschehen, als durch die Aufstellung der von den Geschwornen zu beantwortenden Fragen. Die Anklage muß nach dem Schlusse des Beweisverfahrens entweder reassumirt oder neu formulirt werden, und dieß geschieht, wo das Institut der Frageſtellung besteht, am einfachsten und zweckmäßigsten durch Beantragung bestimmt formulirter Fragen. Nicht nur die Vertheidigung erhält dadurch eine bedeutende Erleichterung und Vereinfachung, eine festere Haltung und Richtung, sondern auch der Vortrag des Anklägers selbst. Zudem wird durch die Discussion zwischen Staatsanwalt und Vertheidiger und die darauffolgende motivirte Entscheidung des Gerichtshofes über die Fragen deren Verständniß für die Geschwornen ungleich mehr erleichtert, als durch einen, wenn auch noch so guten Vortrag des Präsidenten. Uebrigens fehlt auch in der braunschweigischen St. P. O. sowohl die eben angeführte Bestimmung des preuß. Ges. v. 3 Mai 1852 Art. 84 als auch die des Zürcher Gesetzes §. 251. —

Unter dem Titel „Gesetzliche Vorschriften zur Sicherung der Erlangung gerechter Wahrsprüche" bespricht Mittermaier (a. a. O. §. 38) mehrere sehr wichtige Fragen des schwurgerichtlichen Verfahrens, aus denen wir hier nur die Frage der zu einem Wahrspruch erforderlichen Stimmenzahl hervorheben. Einstimmig-

Digitized by Google

keit oder Stimmenmehrheit? Diese Frage wird bekanntlich nicht nur in Frankreich und Deutschland, sondern auch in England discutirt, und an die trefflichen Erörterungen derselben von Gundermann (der ihr eine eigene Monographie gewidmet), Biener (Das engl. G. G. §. 56), Pixis, Degener, Würth, Holzinger, Arnold, Schwarze und Mittermaier (in Zeitschriften und Commentaren) reiht sich die von letzterem als sehr gründlich bezeichnete Arbeit des ausgezeichneten englischen Juristen Best an (gedruckt in den papers read before the juridical society — London 1855; im Auszuge mitgetheilt von Mittermaier in der Zeitschr. f. ausl. R. W. 28. S. 1 ff.).

In Schottland, wo aber die Geschwornenbank in Strafsachen aus 15 Geschwornen besteht, genügt einfache Majorität: von den deutschen Gesetzgebungen hat nur die braunschweigische (St. P. O. v. 1849 §. 142) das Erforderniß der Stimmeneinhelligkeit (sowohl für Schuldverdict, als auch für Nichtschuldverdict) recipirt. In Frankreich ist die Frage, ähnlich mehreren anderen auf das Institut der Jury sich beziehenden Fragen z. B. die Jurysfähigkeit, Competenz der Jury, Abstimmungsart ꝛc., mit der politischen Geschichte des Landes verflochten und hat daher mehrfache verschiedene Beantwortungen gefunden; zur Zeit begnügt man sich dort wieder mit der einfachen Stimmenmehrheit (7) zu einem Schuld-Verdict. In Nordamerika herrscht durchgehends der englische Grundsatz. Nach dem dermaligen Stand der Gesetzgebung und Literatur in England, Schottland, Malta, Nordamerika, Frankreich und Deutschland (nach Mittermaier S. 567 Note 60 beschäftiget die Frage sogar die Russen) kann und muß die Frage zur Zeit noch als eine offene betrachtet werden; sie mag einer besonderen Erörterung mit Rücksicht auf Literatur und Gesetzgebung vorbehalten bleiben. Nur so viel sey hier bemerkt, daß die von der Stimmeneinhelligkeit befürchtete Gefahr zu vieler Lossprechungen durch die Erfahrung in England, Nordamerika und Braunschweig nicht bestätigt wird. Das Nähere über den jetzigen Stand der Frage, namentlich in England s. bei Mittermaier S. 560 — 567.

Das was Mittermaier S. 574 — 577 über das Institut der Entscheidungsgründe (insbesondere zur Entscheidung der That- oder Beweisfrage) und zwar mit Bezugnahme auf §§. 34

Digitized by Google

und 35 meiner Monographie über die Rechtsmittel bemerkt, macht allerdings eine weitere Erörterung der hier einschlägigen Fragen nothwendig. Da aber diese Erörterung mehr Raum, als hier gegönnt ist, einnehmen würde und doch nicht dringlich ist, so mag sie auf andere Gelegenheit verschoben bleiben. Hier sey nur bemerkt, daß es drei verschiedene Ansichten über das Institut der Entscheidungsgründe (zu jenem Bestandtheile des Gesammturtheils) gibt. Die erste (gewöhnliche) fordert solche Gründe nur von den rechtsgelehrten Richterbeamten (also regelmäßig nur in den correctionellen Strafsachen), — die zweite sowohl von diesen, als von Geschwornen (Dernburg und Biener), — die dritte hingegen weder von diesen noch von jenen (die braunschweigische St. P. O. 1849 §. 92 und 156, welche die Entscheidung „des Kreisgerichts" über die Schuldfrage §. 92 cit. geradezu Wahrspruch nennt). Was meine Ansicht betrifft, so hat M. übersehen, was ich über das Institut in der II. Abth. S. 143 ff. bemerkt habe. Dem dort enthaltenen Zugeständnisse will ich gerne noch — ohne das Wesentliche von dem, was in den §§. 34 und 35 enthalten ist, und insbesondere ohne die Untauglichkeit des Instituts zur Aufrechthaltung der Anfechtung der Thatfrageentscheidung bei unveränderter Actenlage aufzugeben — das weitere Zugeständniß beifügen, daß das fragliche Institut zur gründlichen Berathung der Beweisfrage beizutragen im Stande sey.

Höchst bemerkens- und beherzigenswerth ist, in welcher Weise sich Mittermaier S. 590 ff. für die viel geschmähte französische Einrichtung der circonstances atténuantes erklärt; weniger können wir es dagegen billigen, wenn er S. 560 die den Geschwornen auferlegte Pflicht des Stillschweigens über den Gang der Berathung und Abstimmung, „eine unwürdige Bevormundung" derselben nennt, sowie es auch nicht gerechtfertigt erscheint, in dieser Verpflichtung einen Nachklang der französischen geheimen (schriftlichen) auf Beseitigung aller Berathung abzielenden Abstimmungsweise zu erblicken. Nach unserem Dafürhalten würde der Bestand des Geschworneninstituts in hohem Grade gefährdet, wenn die Verpflichtung aufgehoben würde. Hält man überhaupt Mittheilungen über den Gang der Berathung und Abstimmung für zulässig, zweckmäßig, unvermeidlich, nützlich oder gar nothwendig, so weise man denselben den Platz an, der ihnen von Anstands-

Digitized by Google

und Rechtswegen gebührt d. i. die öffentliche Sitzung, und gebe ihnen die der Natur der Sache entsprechende Form d. i. die Form von Entscheidungsgründen. Die gänzliche Unvereinbarkeit solcher Gründe mit dem Geschworneninstitut kann Mittermaier um so weniger behaupten, als er selbst S. 580 mehrere Fälle anführt, in denen englische Geschworne ihren Wahrsprüchen Motive beifügten, und bemerkt, daß dieselben in denjenigen Fällen, in welchen sie das not guilty wegen Seelenstörung des Angeklagten aussprechen, diesen Grund ausdrücklich beifügen müssen. Wie dem aber auch sey, jedenfalls dürfte der Credit des Geschworneninstituts nicht gewinnen, wenn der Gang der Berathung und Abstimmung jeder beliebigen wahrheitsgetreuen oder entstellenden Mittheilung und Kritik in Salons und Kaffeehäusern oder gar in der Presse preisgegeben würde. —

Bei der Berathung des projet de code criminel im Jahre 1804 (Sitzung vom 12 Juni — Locré Bd. 24 pag. 56 ff.), als über die zu einem Wahrspruch der Schuld erforderliche Stimmenzahl discutirt wurde, machte Napoleon die treffende Bemerkung: Tout système qui pose sur le principe que l'évidence seule doit déterminer les jugements criminels est pure idéologie; dans ces matières on ne peut ordinairement se décider que d'après des probabilités. Die in dieser Bemerkung liegende Wahrheit wird nicht selten übersehen; sie wird insbesondere nicht genug gewürdiget in dem Streite über den Werth des Geschwornengerichts. Ob Geschworner, ob rechtsgelehrter Richterbeamter urtheile, beiden begegnet es, daß die von ihnen ausgesprochene Schuld des Angeklagten im Grunde genommen doch nicht gewiß, sondern nur wahrscheinlich ist. Dieser Umstand fordert zu Einrichtungen auf, welche die Möglichkeit bieten, einen Irrthum des Richters in der fraglichen Beziehung unschädlich zu machen. Die Aufforderung ist um so dringender, wo die richterliche Schuldigerklärung nicht von dem Daseyn eines auch qualitativ bestimmten Beweisquantums abhängt, und wo, wie dieß allenthalben bei dem Geschworneninstitut angenommen ist, diese Erklärung in der Regel*) unmotivirt abgegeben wird. Als eine derartige Einrichtung

*) Ausnahmen s. oben.

Digitized by Google

stellen sich zunächst diejenigen Rechtsmittel dar, welche zur Anfechtung irrthümlicher Thatfrage-Entscheidungen bestimmt sind. Allein man weiß allgemein, daß das Rechtsmittel der Appellation im französischen und neueren deutschen Rechte gegen schwurgerichtliche Urtheile nicht gestattet ist, und daß das Rechtsmittel der Revision in diesen Rechten einen sehr beschränkten Spielraum hat. Unter diesen Verhältnissen dürfen die Geschwornen und ihre Vertheidiger sich nicht über ungehöriges Mißtrauen beklagen, wenn die Gesetzgebung durch eine — allerdings principiell bedenkliche — Bestimmung, wie die des Art. 352 C. J., (Gegner derselben sind namentlich Köstlin, Stemann, Abegg, Temme, Mittermaier) der Unschuld zur Hülfe zu kommen sucht. Mögen auch die französischen und deutschen Assisienhöfe nur selten von der ihnen durch die fragliche Bestimmung ertheilten Befugniß Gebrauch machen, und mögen auch über die Auslegung der fraglichen Gesetzesstellen Streitigkeiten entstanden seyn, — wenn diese Bestimmung auch nur wenige Unschuldige zu retten vermochte, so ist ihre Existenz gerechtfertiget. Jedenfalls ist dieselbe der Einrichtung vorzuziehen, wonach bei einfacher Stimmenmehrheit der Geschwornen die Gültigkeit der Schuldigerklärung von den Richtern abhängt. Diese principiell und praktisch verwerfliche Einrichtung wurde in Frankreich schon im Jahre 1831 aufgehoben, fand aber doch in Preußen und im Großherzogthum Hessen Eingang.

In Bezug auf das in der früheren Gesetzgebung enthaltene, im C. J. ausgelassene, durch die Praxis aber reproducirte und von der deutschen Gesetzgebung recipirte sog. Berichtigungsverfahren (von den Franzosen vérification de la régularité de la déclaration du jury genannt) ist nur die Frage zum Gegenstand einer praktisch doctrinellen Erörterung gemacht worden, was dann Rechtens sey, wenn dieses Verfahren entweder auf einen fehlerfreien Wahrspruch angewendet, oder aber bei einem fehlerhaften Wahrspruch nicht angewendet wurde. S. hierüber meinen Aufs. in Seuffert's Bl. f. R. A. 1856 Nr. 13. —

Endlich können wir nicht unterlassen, hier auch noch auf die von Mittermaier §. 41 hervorgehobene Verschiedenheit zwischen englischem und französisch-deutschem Rechte aufmerksam zu machen, daß nämlich in England und Schottland nach verkündetem Wahrspruche keine weitere Verhandlung über die Straf-

Digitized by Google

frage stattfindet, wie in Frankreich und Deutschland. Das französische Recht verdient in diesem Punkte offenbar den Vorzug vor dem englischen, indem die fragliche Verhandlung in der Regel nur sehr wenig Zeit in Anspruch nimmt und häufig doch zur richtigen Entscheidung der Straffrage nicht wenig beiträgt. Als Beleg dafür, daß eine Verhandlung über die Straffrage auch vor rechtsgelehrten Richtern nicht überflüssig sey, mag dasjenige dienen, was ich in den Seuffert'schen Bl. f. R. A. 1856 Ergänzungsbl. Nr. 4 unter dem Titel „Ermächtigung zur Strafherabsetzung wegen geminderter Zurechnungsfähigkeit" über die Auslegung des Art. 3 des bayer. Ges. vom 29 Aug. 1848 bemerkt habe. S. jetzt auch Mittermaier a. a. O. S. 613.

III. Die Rechtsmittel.

Alsbald nach den mehr oder weniger an das französische Recht sich anschließenden Umgestaltungen des deutschen Strafverfahrens gewann man in Deutschland die Ueberzeugung, daß die französische Gesetzgebung in Bezug auf die Lehre von den Rechtsmitteln mit sehr wesentlichen, höchst empfindlichen Mängeln behaftet sey. Diese Ueberzeugung wurde — wenn auch anfänglich nur in Bezug auf einzelne Fragen — von mehreren Schriftstellern ausgesprochen. Von den hieher gehörigen Abhandlungen und Aufsätzen seyen hier nur angeführt: A. Friedreich „Bemerkungen über die Rechtsmittel im französischen Strafverf. mit besonderer Rücksicht auf das bayer. Gesetz vom 10 Nov. 1848". Aschaffenburg 1851, und desselben „der französische Cassationshof" Aschaffenburg 1852.

Mittermaier im Gerichtssaal II. Jahrg. Aprilheft S. 295 ff „das System der Nichtigkeiten wegen Verletzungen von Formvorschriften im Strafprocesse ꝛc.".

v. Arnold „Wiederaufnahme des Strafverf. im Gerichtssaal III. Jahrgang Januarh. S. 46 — 70". Schwarze „Von der Wiederaufnahme des Strafverf. im Archiv d. Kr. R. 1851 S. 558".

Gute Bemerkungen enthalten auch Temme's „Grundzüge eines deutschen Strafverfahrens" Arnsberg 1850.

Digitized by Google

Einige Verbesserungen des französischen Rechts wurden auch von der einen und anderen deutschen Gesetzgebung vorgenommen z. B. Erweiterungen des Spielraums der Revision (Wiederaufnahme des Strafverfahrens). Allein im Ganzen genommen recipirten die deutschen Gesetzgeber auch in dieser Lehre ohne tiefer gehende, im Drange der Umstände wohl auch nicht mögliche Kritik das französische Recht. Insbesondere nahmen sie alle, mit einziger Ausnahme der braunschweigischen Gesetzgebung — ohne Anstand den im französischen Rechte liegenden Dualismus in ihre Proceßordnungen auf; ohne Erforschung der Natur der Sache stellten sie, wie die französische Gesetzgebung, besondere Bestimmungen über die Rechtsmittel gegen schwurgerichtliche, und wieder besondere über die Rechtsmittel gegen correctional-gerichtliche Urtheile auf, als ob sich die Nothwendigkeit dieses Dualismus von selbst verstünde. Man hielt es nicht für nöthig, triftige Gründe für denselben aufzustellen, sondern nahm ohne weiteres an, daß durch die Verschiedenheit eines Geschwornengerichts von einem rechtsgelehrten Richtercollegium auch verschiedene Rechtsmittel bedingt seyen.

Bei dieser principiellen und praktischen Mangelhaftigkeit der französischen Gesetzgebung lag der Gedanke nahe, ob nicht in dem englischen Rechte besseres zu finden sey. Allein eine auch nur oberflächliche Betrachtung der englischen Lehre von den Rechtsmitteln mußte genügen, um von diesem Gedanken ganz und gar zurückzubringen. In der Mangelhaftigkeit des englischen Rechts lag wohl auch der Grund, warum die französische Gesetzgebung hier ihren ganz eigenen Weg gieng. Vergl. die Urtheile über diese Lehre des englischen Rechts von Mittermaier „Das englische ꝛc. Strafverf. S. 536 (dazu das neue Werk S. 651) und Rüttimann in s. Erläuterungen zu der neuen Züricher St. P. O. S. 281" (S. auch meine „Rechtsmittel I. S. 66 und II. S. 55").
Das schottische Recht ist nach Mittermaier's Darstellung und Urtheil noch ungenügender als das englische, und was Mittermaier über das nordamerikanische Recht berichtet, scheint auch nicht geeignet, die fragliche Aufgabe der deutschen Gesetzgebung zu erleichtern. Was war also zu thun? Sollte man sich ohne weitere Bemühung bei dem französischen Rechte beruhigen? Eine solche Zumuthung konnte an die deutsche Wissenschaft wohl nicht im

Digitized by Google

Ernste gestellt werden. Die deutsche Wissenschaft erkannte es als ein dringendes Bedürfniß, darüber ins Reine zu kommen, wie die fragliche Lehre verbessert werden könne. Die Befriedigung dieses Bedürfnisses konnte aber nicht anders geschehen, als durch genaue Erforschung der Natur der Sache. Es mußte zunächst die Beschaffenheit des anzufechtenden Gegenstandes d. i. des Urtheils nach seinen verschiedenen Bestandtheilen so zu sagen physiologisch untersucht, und dann nach den Ergebnissen dieser Untersuchung mit Rücksicht auf den Begriff des Rechtsmittels und auf den Zweck der Herstellung von Obergerichten die Frage beantwortet werden: welche Rechtsmittel und in welchem Umfange sie von der Theorie anerkannt werden müssen und anerkannt werden dürfen. Nur auf diesem Wege kann man zu einer Lehre von den Rechtsmitteln gelangen, welche mit den Principien des übrigen neueren Proceßrechts in Einklang steht. Ist man erst auf diese Art zur Beruhigung des theoretischen Gewissens gekommen, dann mögen allerdings auch noch andere Rücksichten bei dem Gesetzgeber Geltung finden; die Kenntniß der theoretisch richtigen Grundsätze wird dann die Beurtheilung des Werthes und der Zulässigkeit solcher Rücksichten bedeutend erleichtern, und wenn er aus solchen Rücksichten Inconsequenzen gegen die richtigen Principien zulassen zu müssen glaubt, so kann er dieß dann doch wenigstens mit dem Bewußtseyn von dieser Inconsequenz thun.

Einen Versuch, das fragliche Bedürfniß auf die bezeichnete Weise zu befriedigen, hat Berichterstatter in seiner mehrfach angeführten Schrift über die Rechtsmittel gemacht. Die erste Abtheilung dieser Schrift zerfällt in zwei Abschnitte, wovon der eine (S. 1 — 67) der Geschichte der Rechtsmittel gewidmet ist. In dem 1. Capitel des zweiten Abschnittes (S. 68 — 92) ist die Begründung der Anfechtbarkeit strafgerichtlicher Handlungen enthalten, und gezeigt, daß und wie die Lehre von den Rechtsmitteln mit dem Princip für die Entscheidung der Thatfrage in Verbindung gebracht werden müsse. Das zweite Capitel (S. 92 — 146) handelt von den Voraussetzungen der Urtheilsanfechtung im allgemeinen und von den Voraussetzungen für die einzelnen Bestandtheile des Urtheils, also namentlich auch von der Frage, ob und inwieweit der Wahrspruch einer Jury nach der Natur der Sache (abgesehen von den positiven Rechten) anfechtbar sey. Im dritten

Digitized by Google

Capitel werden die Resultate herausgestellt, die sich aus dem Vorhergehenden sowohl für die Gerichtsverfassung, als auch für die Lehre von den Rechtsmitteln selbst ergeben.

In der zweiten Abtheilung sind sodann die einzelnen Rechtsmittel abgehandelt, und zwar im ersten Abschnitte die Rechtsmittel im ordentlichen Verfahren (Nichtigkeitsbeschwerde und Revision oder Wiederaufnahme des Strafverfahrens), im zweiten die Anfechtung von Contumacialurtheilen (mit einer historischen Einleitung S. 190 — 210). Der 3. Abschnitt erörtert die Anfechtung gerichtlicher Handlungen vor dem Endurtheil, und Anhang I. die sog. Beschwerde zur Wahrung (oder im Interesse) des Gesetzes. Im zweiten Anhange endlich hat Berichterstatter noch einmal mit Berücksichtigung andrer Ansichten die zu einer förmlichen Celebrität gelangte Frage von der Appellation einer einläßlichen Erörterung unterworfen.

Es würde viel zu weit führen, wenn hier alle die schwierigen und wichtigen, theilweise auch streitigen Fragen besprochen würden, die sich in der Lehre von den Rechtsmitteln darbieten. Berichterstattter müßte zu diesem Behufe noch eine zweite Monographie schreiben. Was insbesondere die Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde, von der Revision und von der Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes betrifft, so muß er sich hier darauf beschränken, auf das hinzuweisen, was darüber in den bezüglichen Abschnitten seiner Monographie enthalten ist. Literatur und Gesetzgebung über diese Materien sind daselbst genugsam berücksichtigt, soweit sie damals berücksichtigt werden konnten. Nachgängig ist aber eine Strafproceßordnung ins Leben getreten, welche gerade in Bezug auf die Lehre von den Rechtsmitteln so vortreffliche Bestimmungen enthält, daß dieß hier nicht mit Stillschweigen übergangen werden kann. Es läßt sich wohl leicht errathen, daß damit die k. sächsische St. P. O. v. 11 Aug. 1855 gemeint sey. Berichterstatter war schon bei der Abfassung seiner Monographie in der angenehmen Lage, auf den 1853 mit Motiven erschienenen Entwurf dieser Proceßordnung Rücksicht nehmen und mehrfach dessen Bestimmungen als Stützen für seine Ansichten gebrauchen zu können. Die Anerkennung, welche diesem Entwurfe schon damals gezollt werden mußte, kann heute nur wiederholt ausgesprochen und mit Vergnügen jetzt weiter berichtet werden, daß seine Bestimmungen mit

Digitized by Google

welchen die Gesetzgebung in fraglicher Materie wesentliche Fortschritte gemacht hat, — abgesehen von der Appellation — fast sämmtlich zu gesetzlicher Gültigkeit erhoben worden sind. Im Wesentlichen gilt dieß insbesondere von den Bestimmungen über die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, — also von demjenigen Rechtsmittel, worüber der Verfasser des Entwurfes schon vorher (1851) gleichzeitig mit Arnold — die bereits oben angeführte treffliche Abhandlung veröffentlicht hatte. Ebensowenig kann — was die seit 1855 erschienene Literatur über die Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und der Revision betrifft — unterlassen werden, darauf hinzuweisen, was in den betreffenden Abschnitten der beiden neuen Werke von Schwarze (Commentar zur St. P. O. f. d. K. Sachsen v. 11 Aug. 1855 und Grundsätze des k. sächs. St. P. R.) enthalten ist. Vgl. auch Schletter „Lehrb. des k. sächs. St. P. R. Leipzig 1856 S. 221 ff. — Mittermaier zollt der neueren Literatur über den fraglichen Gegenstand seine volle Anerkennung (s. z. B. S. 672), und unterläßt nicht, auch hierin das seinige zur künftigen Verbesserung der in Rede stehenden Gesetzgebung beizutragen.

Indem wir uns also bei der Lehre von den Rechtsmitteln im Allgemeinen auf die Hervorhebung der bedeutenderen literarischen Erscheinungen beschränken, glauben wir doch über die Streitfrage von der Appellation nicht gänzlich mit Stillschweigen hinweggehen zu sollen, weil auch Mittermaier die Frage S. 622 ff. wieder besprochen hat. Wie aber überhaupt der ganze vorstehende Bericht der Bestimmung und dem Programm der kritischen Uebersicht gemäß nicht für die speciellen Fachgenossen, sondern gerade für das übrige juristische Publicum abgestattet ist, welches durch anderweitigen Beruf an der Verfolgung unserer speciellen Fachliteratur gehindert wird, so sind auch die folgenden Bemerkungen zunächst nur für letzteres geschrieben.

Am kürzesten kommt man vielleicht zu einer Verständigung über die Frage, wenn man von der Betrachtung der Gründe ausgeht, wegen welcher die Appellation nach französischem und neuerem deutschen Strafproceßrechte erhoben werden kann. Während die Nichtigkeitsbeschwerde überall nur wegen fehlerhafter Rechtsanwendung (juristischer Fehler, es sey nun ein error in judicando oder in procedendo) und die Revision (nach den positiven Rechten) nur in gewissen Fällen einer irrthümlichen Entscheidung der Thatfrage erhoben werden kann, ist das Rechtsmit-

Digitized by Google

tel der Appellation in Ansehung der Gründe ganz und gar unbeschränkt. Es kann sowohl wegen aller möglichen Fehler in der Rechtsanwendung, als auch wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung erhoben werden, und in letzterer Beziehung macht es keinen Unterschied, ob vom Appellanten die Unrichtigkeit der Entscheidung durch nova (Thatsachen oder Beweismittel) dargethan werden will oder nicht. Es liegt da alles bunt und chaotisch durcheinander; die französischen Gesetzgeber nahmen das Bündel von Rechtsmitteln, Appellation genannt, in Bausch und Bogen aus dem alten in das neue Verfahren unverändert herüber, ohne sich zu fragen, ob das alte Institut auch in allen seinen Theilen mit den Grundsätzen des neuen Rechtes vereinbar sey. Man ließ sich insbesondere die Frage gänzlich entgehen, ob denn die Lehre von den Rechtsmitteln nicht mit dem für die Entscheidung der Thatfrage aufzustellenden Principe in Zusammenhang stehe. Man hätte erwägen sollen, ob und inwieweit ein Urtheil wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung anfechtbar sey, wenn man für diese Entscheidung das Princip der freien richterlichen Ueberzeugung anerkannte.

Es würde hier zu weit führen, wenn der innere Zusammenhang zwischen dem Princip für die Entscheidung der Thatfrage und der Lehre von den Rechtsmitteln, insbesondere der Anfechtung der Thatfrageentscheidung nachgewiesen würde. Berichterstatter hat diesen Nachweis in s. Monographie §. 23 — 25 und §. 30 ff. geliefert*), und kann daher hierauf verweisen. Ebendaselbst wurde nun aber gezeigt, daß die Anfechtung des Urtheils wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung ohne Vorbringen von (relevanten) neuen Thatsachen oder Beweisen (also bei unveränderter Aktenlage) mit obigem Princip der freien richterlichen Ueberzeugung unvereinbar sey, und insoweit die sog. Appellation von den positiven Rechten auch in solchen Fällen für zulässig erklärt ist, wurde gegen dieselbe vom rein theoretischen Standpunkte aus Opposition erhoben. Von einer Verwerfung der Appellation wegen fehlerhafter Rechtsanwendung und ex capite novorum war dagegen nicht

*) Auch Zachariä „die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverf." Gött. 1846 S. 211 hat diesen Zusammenhang bereits erkannt, aber von dieser Erkenntniß nicht die Anwendung gemacht, die durch die Natur der Sache geboten ist.

Digitized by Google

im entfernteſten die Rede. Es muß darauf wiederholt aufmerkſam gemacht werden, weil die neue Erörterung der Frage bei Mittermaier noch immer zu dem Irrthum oder Mißverſtändniſſe Anlaß geben könnte, als handle es ſich um Verwerfung des Geſammtinhalts der Appellation, während es ſich doch nur um einen verhältnißmäßig ſehr kleinen Bruchtheil dieſes Rechtsmittels handelt. Freilich iſt Berichterſtatter noch um einen Schritt weiter gegangen, und hat der „Appellation" auch als terminus technicus den Krieg erklärt. Allein man hätte ſich dadurch nicht verwirren laſſen, ſondern bedenken ſollen, daß die Neuerung doch nur eine Vereinfachung der Terminologie bezweckt. Oder was nützt es denn, wenn man ein und dasſelbe Ding bald Appellation, bald Nichtigkeitsbeſchwerde nennt, je nachdem ein correctionalgerichtliches oder ſchwurgerichtliches Urtheil angefochten wird? Iſt die Bezeichnung „Nichtigkeitsbeſchwerde" paſſend für die Urtheilsanfechtung wegen juriſtiſcher Fehler in den ſchwurgerichtlichen Strafſachen, ſo iſt nicht einzuſehen, warum man dieſelbe Urtheilsanfechtung in den correctionalgerichtlichen Strafſachen nicht ebenſo bezeichnen ſoll. Freilich ſoll mit dem gleichen Namen auch die gleiche Behandlung verbunden ſeyn; — aber iſt dieſe Vereinfachung denn nicht in hohem Grade wünſchenswerth? Iſt es denn von irgend welchem Nutzen, wenn ein und dieſelbe Beſchwerde, je nachdem ſie gegen ein ſchwurgerichtliches oder correctionalgerichtliches Erkenntniß gerichtet wird, zweierlei verſchiedene Friſten und zweierlei verſchiedene Behandlungsarten beſitzt? Iſt es nicht viel beſſer, wenn dieſelben Beſtimmungen für beide Fälle gelten?

Was ſodann die Urtheilsanfechtung ex capite novorum betrifft, ſo ſteht die Sache allerdings nicht ſo einfach, wie bei der ſo eben beſprochenen. Hier kann freilich nicht etwa davon die Rede ſeyn, das Rechtsmittel der Reviſion, wie es im franzöſiſchen und neueren deutſchen Rechte — mit Ausnahme des ſächſiſchen — geſtaltet iſt, als genügenden Erſatz für das, was die Appelation in der fraglichen Richtung bietet, zu betrachten. Es muß vielmehr die Reviſion ſelbſt erſt neu geſtaltet und zwar in der Art erweitert werden, daß damit jedes Urtheil, es ſey nun ein bezirksgerichtliches oder ſchwurgerichtliches, wegen unrichtiger Thatfrageentſcheidung angefochten werden kann, ſobald die Unrichtigkeit durch neue (relevante) Thatſachen oder Beweismittel darzu-

Digitized by Google

thun ist. Diese Aufgabe ist zwar nicht sehr leicht, aber dennoch zu lösen. Berichterstatter glaubt, daß sie bereits gelöst ist, und als Beleg dafür, daß die Gesetzgebung die bezeichnete Erweiterung zulassen kann, dient die neue k. sächs. St. P. O. v. 11 Aug. 1855.

Ist nun aber diese Neugestaltung des Rechtsmittels der Revision gelungen, dann wird der dieser erweiterten Revision entsprechende Bruchtheil der Appellation offenbar überflüssig, und es erscheint nicht nur zulässig, sondern auch als eine Vereinfachung der Gesetzgebung dringend geboten, dieses Rechtsmittel als gemeinschaftliches für schwurgerichtliche und bezirksgerichtliche Strafsachen unter dem gemeinschaftlichen Namen Revision und mit gemeinschaftlichen Bestimmungen für beiderlei Strafsachen an die Stelle des entsprechenden Bruchtheiles der Appellation treten zu lassen. Auf diese Art gäbe es — abgesehen vom Contumacialproceß — nur zwei für schwurgerichtliche und bezirksgerichtliche Strafsachen gemeinschaftliche, aber wesentlich von einander verschiedene Rechtsmittel: die Nichtigkeitsbeschwerde zur Anfechtung der Urtheile wegen juristischer Fehler, und die Revision zur Anfechtung der Urtheile ex capite novorum. (Ueber den Begriff des novum und über das Erforderniß der Relevanz s. meine Schrift II. S. 155 ff. und Schwarze, Comment. II. S. 209.)

Wir brauchen nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechtsmittel; — nicht weniger, weil jene beiden Rechtsmittel in drei wesentlichen Punkten von einander verschieden sind: 1) in Ansehung des Grundes — juristischer Irrthum und novum in facto; 2) in Ansehung des Gegenstandes — juristische Entscheidungen und Thatfrageentscheidung (wiewohl sich formell die Anfechtung immer gegen das Gesammturtheil richtet); und 3) in Ansehung des durch Grund und Gegenstand bedingten Verfahrens; — nicht mehr, weil die Anfechtung wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung bei unveränderter Actenlage in den bezirksgerichtlichen Strafsachen ebenso logisch unhaltbar ist, wie in den schwurgerichtlichen, indem sowohl für jene, wie diese das Princip der freien richterlichen Ueberzeugung Geltung hat. Berichterstatter geht hiebei von der Ansicht aus, daß einerseits das von Natur aus Verschiedenartige verschiedene gesetzliche Bestimmungen und Regeln nothwendig macht, andererseits aber auch das von Natur aus Gleichartige eine gleichartige Behandlung erfordert.

Digitized by Google

Wenn nun aber die zuchtpolizeigerichtlichen Urtheile ebenso wie die schwurgerichtlichen nur mehr mit der Nichtigkeitsbeschwerde wegen juristischer Irrthümer und mit der Revision ex capite novorum, dagegen nicht wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung bei unveränderter Actenlage angefochten werden könnten, so müßten natürlich die zuchtpolizeilichen Richtercollegien, welche bis zu 5-, ja bis zu 8jähriger Freiheitsstrafe erkennen dürfen, qualitativ und quantitativ so besetzt seyn, daß ihre Urtheile wirklich auf Vertrauen bei den Bürgern Anspruch machen könnten. Die Vertheidiger der Appellation resp. des fraglichen Bruchtheiles derselben haben vollkommen Recht, wenn sie es für unstatthaft erklären, daß 3 oder auch 5 Mitglieder eines Untergerichts, die vielleicht auch in ihrer äußeren Stellung nicht genügende Bürgschaft für richterliche Festigkeit und Geradheit bieten, ein zu so harter Strafe verurtheilendes oder unrechtlich freisprechendes Erkenntniß fällen dürften, welches nur entweder wegen juristischer Fehler oder ex capite novorum anzufechten wäre. Berichterstatter verweist in dieser Beziehung darauf, was er hierüber bereits im II. Anhang seiner Schrift S. 271 ff. bemerkt hat, und fügt diesen Bemerkungen nur noch die Versicherung hinzu, daß er vollkommen damit einverstanden ist, was Mittermaier jetzt S. 622 Nr. II. als Voraussetzungen für die Abschaffung des fraglichen Bruchtheiles der Appellation fordern zu müssen glaubt.

Was endlich das Verhältniß der neuern deutschen Strafproceßgesetzgebung zu der hier vorliegenden Frage betrifft, so erhielt der auf Abschaffnng der Urtheilsanfechtung wegen unrichtiger Thatfrageentscheidung bei unveränderter Actenlage gerichtete Vorschlag des k. sächsischen Entwurfes nicht die Zustimmung des Landtags, sondern es wurde die Appellation in die neue St. P. O. aufgenommen. S. darüber Schwarze, Comment. I S. 12 und S. 153 ff.

Dagegen ist das fragliche Rechtsmittel ausgeschlossen in der braunschweigischen St. P. O. v. 22 Aug. 1849 und in der altenburgischen v. 27 Februar 1854 (art. 272), sowie auch in einigen nichtdeutschen Gesetzgebungen z. B. in der neapolitanischen St. P. O. v. 1819 und in der niederländischen St. P. O. von 1839. S. Mittermaier, die Mündlichkeit ꝛc. S. 89 ff. und Arch. d. Kr. R. 1843 S. 94.

Digitized by Google

Dasselbe gilt sodann nicht bloß von dem preußischen Gesetze vom J. 1853 über die Untersuchung und Entscheidung von Staatsverbrechen, sondern auch im Wesentlichen von dem preuß. Ges. v. 3 Mai 1852 (art. 101) und von dem kurhessischen Ges. vom 22 Juli 1851 (§. 45), indem nach diesen Gesetzen die Appellation nicht wegen unrichtiger Entscheidung der Thatfrage bei unveränderter Actenlage, sondern nur ex capite novorum erhoben werden kann; — sowie es auch vollkommen richtig ist, wenn Schwarze, Comment. I. S. 153 bemerkt, daß die Berufung, welche die österreichische St. P. O. v. 1853 §. 295 einräumt — abgesehen von der Anfechtung des Strafmaßes — in Wahrheit nur eine Nichtigkeitsbeschwerde sey.

Vergl. über die Frage im Allgemeinen auch noch Voitus im Goltdammerschen Arch. B. II. S. 621 ff., Marquardsen in der Heidelberger Zeitschrift f. d. ges. R. W. Bd. II. Heft 5., Schwarze im Gerichtssaal 1855, Bd. II. S. 3 ff., und v. Arnold ebendas. 1855 Bd. II. S. 152. Ueber die Resultate insbesondere, die sich aus einer richtigen Behandlung der Lehre von den Rechtsmitteln für die Gerichtsverfassung ergeben, s. meine Rechtsmittel I. S. 151 ff.

IV. Der Contumacialproceß.

Zum Schlusse möchte Berichterstatter noch gerne einige Bemerkungen über die Unzweckmäßigkeit der französischen und neueren deutschen Gesetzgebung in Bezug auf den sog. Contumacialproceß machen. Indem die Bekanntschaft mit den einschlägigen Bestimmungen des französischen und des neueren deutschen Rechts vorausgesetzt wird*) und bezüglich der näheren Begründung des folgenden auf das verwiesen wird, was in den §§. 92 und 93 der „Rechtsmittel" ꝛc. enthalten ist, beschränken wir uns auf einen Auszug der in §. 94 enthaltenen Schlußerörterungen**).

*) Die Geschichte des Contumacialprocesses im römischen und deutschen Rechte bis auf die neueste Zeit, sowie der jetzige Rechtszustand im französischen Rechte und in den neuen deutschen Strafproceßordnungen ist dargestellt in den §§. 83 - 91 (S. 190 — 220 der II. Abtheilung) meiner Schrift über die Rechtsmittel.

**) Der Contumacialproceß gehört zu den von der Literatur, namentlich der neueren, vernachlässigten Partien des Strafproceßrechts.

Digitized by Google

Abstrahiren wir von den positiven Rechten und nehmen wir an, es geschehe bei einer in Abwesenheit des Angeschuldigten gepflogenen Untersuchung und Beweisverhandlung alles, was nur möglich, um die Wahrheit zu finden, so werden wir dennoch zugeben müssen, daß eine solche Untersuchung und Verhandlung im Vergleiche mit der in Gegenwart des Angeschuldigten gepflogenen höchst dürftig und mangelhaft ist. Nehmen wir an, es würden in der öffentlich-mündlichen Verhandlung nicht die Aussagen der Zeugen aus den Voruntersuchungsacten abgelesen, sondern die Zeugen vor dem erkennenden Richter, sowie vor dem Ankläger und Vertheidiger selbst vernommen und jedes Beweisstück unmittelbar producirt; nehmen wir an, es würde das Recht der Vertheidigung im vollsten Maße gesetzlich anerkannt und factisch ausgeübt, — so fehlte doch noch immer ein Hauptstück, ein wesentliches Erforderniß des wahrhaft contradictorischen Verfahrens, eines der wichtigsten Mittel zur Erforschung und Erkenntniß der Wahrheit — es fehlte die persönliche Gegenwart des Angeklagten. Die Wichtigkeit dieses Erkenntnißmittels in Abrede stellen, hieße die Bedeutung des Princips der Mündlichkeit selbst und, da diese durch das Untersuchungsprincip bedingt ist, auch das letztere verkennen.

Wenn es nun schon in der Natur des Contumacialverfahrens liegt, daß in demselben dem Untersuchungsprincip nicht Genüge geschehen kann, so finden wir dieses im französischen Rechte noch weit mehr verkümmert und hintangesetzt. Die französische Gesetzgebung begnügt sich nämlich nicht mit dem Mangel der Gegenwart des Angeklagten, sondern glaubt auch noch die Zeugen und Sachverständigen aus dem Gerichtssaal verweisen zu müssen. Sie erklärt dieselben gleichsam ebenso für abwesend wie den Angeklagten, und läßt deren Aussagen aus den Voruntersuchungsacten vorlesen. Ebenso auch deutsche Gesetzgebungen, z. B. das bayer. Ges. vom 10 Nov. 1848 Art. 286; das preuß. Ges. v. 3 Mai 1852 Art. 39. Ueberdieß nehmen die meisten Gesetzgebungen (wenigstens in den leichteren Fällen) auch von der officiellen Bestellung eines Vertheidigers Umgang, ja einige verbieten sogar die Vertheidigung z. B. das württemb. Ges. v. 14 Aug. 1849

Auch das neue Mittermaier'sche Werk enthält nichts über die fragliche Materie.

Digitized by Google

Art. 239. Vgl. darüber auch Jagemann-Brauer, Crim. Ler. S. 625. Will man etwa zur Rechtfertigung solcher Bestimmungen geltend machen, daß der contumax kein Recht auf die fraglichen Wohlthaten des Gesetzes habe, so ist allerdings richtig, daß der Staat nicht geduldig warten kann, bis es dem Angeklagten beliebt, der gerichtlichen Ladung Folge zu leisten, daß er vielmehr zu empfindlichen Maßregeln gegen den contumax berechtigt und verpflichtet ist. Aber es fragt sich, ob die Maßregeln unserer Gesetzgebungen die geeigneten seyen; es fragt sich, ob der Ungehorsam des Angeklagten zum Schlusse auf die Rechtfertigung eines Strafurtheils berechtige, welches sich auf eine Verhandlung gründet, bei der das Untersuchungsprincip so schwer verletzt wird. Probationes in causis criminalibus luce meridiana clariores esse debent, sagt Böhmer in seiner observ. I. zu Carpzow's quæstio 40.

Die Entscheidung der Frage, ob der A. des ihm zur Last gelegten Verbrechens schuldig sey oder nicht, kann von nichts anderem abhängig seyn, als von einer unbefangenen und erschöpfenden Erwägung aller auf das Verbrechen Bezug habenden Umstände und Verhältnisse, also auch nicht davon, ob der Angeklagte der Ladung des Gerichts Folge leiste oder nicht. Diese beiden Fragen stehen von Natur aus nicht im Verhältnisse von Grund und Folge zu einander, können also auch vernünftigerweise in ein solches nicht gebracht werden.

Die Maßregeln zum Nachtheile des contumax müssen sich nach der Natur dieses Ungehorsams richten und aus ihr geschöpft werden. Als solche in der Natur der Sache begründete und aus ihr geschöpfte stellen sich die Bestimmungen des römischen Rechts (vgl. namentl. L. 5 pr. D. de poenis. 48, 19 und L. 1 pr. D. de requir. vel absent. damn. 48, 17) und der früheren gemeinrechtlich deutschen Praxis (bei Damhouder, Carpzow und Böhmer) dar, wie sie neuerlich wieder ihrem wesentlichen Inhalte nach von der k. sächsischen Gesetzgebung*) restaurirt worden sind.

---

*) Nach dem Entwurf der neuen sächs. St. P. O. Art. 303 sollte niemals Hauptverhandlung und Aburtheilung der Sache in Abwesenheit des Angeschuldigten stattfinden. S. dazu die Rechtfertigung in den

Digitized by Google

S. Schwarze, Comment. zu Art. 317. Bd. II S. 126 vgl. mit Schletter, Lehrb. S. 181.

Schwarze „Grundsätze" S. 113.

Danach sollte der Gesetzgeber, wenn der Beschuldigte durchaus nicht vor Gericht zu bringen ist, von der Verhandlung und Aburtheilung der Sache Umgang nehmen, indem dadurch in solchem Falle das Ansehen der Gesetze und der Justiz gar keinen Schaden leidet, während umgekehrt die Justiz vom Gesetzgeber durch die Verhandlung und Aburtheilung in contumaciam kaum einer größeren Gefahr der Lächerlichkeit ausgesetzt wird, als durch das Verbrennen, Hängen oder Köpfen in effigie, zumal die Gültigkeit der Contumacialurtheile nach den positiven Rechten entweder von dem Willen des erschienenen Angeklagten abhängt, oder ipso jure mit seinem Erscheinen aufhört.

Wenn nun aber auch hiernach der sog. Contumacialproceß und das Contumacialurtheil als unzweckmäßig und überflüssig erscheinen, so folgt daraus, wie schon bemerkt, doch keineswegs, daß der Staat gar keine Maßregeln gegen den contumax zu ergreifen habe. Er soll vielmehr strenge und der Natur der Sache entsprechende Maßregeln ergreifen, und als solche stellt sich zunächst die Suspension aller bürgerlichen (politischen und Privat-) Rechte des Angeklagten dar, worin die Beschlagnahme seines Vermögens insbesondere schon mit enthalten ist. Die Rechtfertigung dieser Maßregel liegt darin, daß der Genuß der bürgerlichen Rechte in einem Staate nur unter der Voraussetzung verlangt und gewährt werden kann, daß der Staatsangehörige seiner Pflicht nachkomme, einer von dem zuständigen Richter erhaltenen Aufforderung zur Verantwortung wegen eines Verbrechensverdachtes Folge zu leisten. Thut er dieß nicht, so setzt er sich selbst aus dem Rechtsgenusse (Frieden) des Staates und zwar ohne die ihm noch während seiner Staatsangehörigkeit erwachsene Pflicht erfüllt zu haben. Da nun der Staat die physische Person selbst nicht erreichen kann, so hält er sich an die Person quoad jus, an ihre Rechtsfähigkeit und legt

---

Motiven S. 275. Durch landtägigen Beschluß wurde aber zu dem Art. 303 (resp. 317) der Zusatz gemacht: „Ist jedoch ein besonderes Interesse dafür vorhanden, daß die Aburtheilung der Sache auch bei Abwesenheit des Angeklagten . . . erfolge ꝛc.

Digitized by Google

daher auch auf ihr Vermögen Beschlag. Von selbst versteht es sich dabei, daß diese Maßregel nur eine bedingte ist und mit der Beseitigung ihres Grundes (des Ungehorsams) auch wieder aufhört.

Eine weitere in der Natur der Sache selbst liegende Folge des Ungehorsams besteht in dem Stillstand der Strafverjährung, die übrigens auch schon in der Suspension aller bürgerlichen Rechte mitenthalten ist.

Drittens bildet aber auch der Ungehorsam für sich allein ein eigenes Delict, und kann als solches noch während der contumacia durch eine Geldstrafe, an dem mit Beschlag belegten Vermögen vollziehbar, geahndet und im Falle der Rückkehr mit Geld oder verhältnißmäßigem Gefängniß bestraft werden. Endlich ist es auch ganz zweckmäßig, einstweilen in geeigneter Weise z. B. wie die sächs. St. P. O. Art. 317 Abs. 2 anordnet, für die Sicherung der Beweise Vorsorge zu treffen.

Alles dieß gilt aber nur unter der Voraussetzung, daß der Angeklagte durchaus nicht vor Gericht gebracht werden kann. Hält er sich dagegen im Inlande auf und weiß der Richter seinen Aufenthaltsort, so erheischt es das Ansehen und die Würde der Justiz, daß der Widerspenstige nöthigenfalls mit Gewalt zur Pflichterfüllung gezwungen d. h. vor Gericht gebracht werde, — daher auch für solche Fälle Contumacialproceß und Contumacialurtheil nicht nöthig erscheinen.

Nur bezüglich der allergeringsten Vergehen und Uebertretungen scheint es zweckmäßig zu seyn, eine Abweichung von diesen Grundsätzen eintreten zu lassen. Für die Fälle nämlich, wo das Vergehen lediglich mit einer Geldstrafe (bis zu einem bestimmten Betrage) oder subsidiär mit einer entsprechenden Gefängnißstrafe (Civilarrest) bedroht ist, dürfte eine dem §. 74 der braunschweigischen St. P. O. und dem Art. 337 des sächsischen Entwurfes (St. P. O. v. 11 Aug. 1855 Art. 368) ähnliche Bestimmung sehr zweckmäßig seyn.

S. Degener, Comment. S. 64.

Schwarze, Comment. I. S. 188.

München, den 22 November 1856.

Dr. Friedrich Walther.

Digitized by Google

XIII.

Ueber den Entwurf einer schweizerischen Wechsel-Ordnung.

Seit dem Erscheinen der von uns veröffentlichten Kritik des Entwurfes einer schweizerischen Wechselordnung, Erlangen 1855, trat im Mai 1856 in Bern eine Conferenz von Abgeordneten von neun Ständen, nämlich der Kantone Zürich, Bern, Luzern, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, St. Gallen, Aarau und Waadt zusammen, welche den von Herrn Burckhardt-Fürstenberger abgefaßten und durch eine Commission revidirten Entwurf wesentlich umarbeitete, und als Entwurf einer schweizerischen Wechsel-Ordnung nach den Beschlüssen der im Mai 1856 stattgefundenen Conferenz nebst den Conferenzprotokollen im Drucke erscheinen ließ.

Dieser Entwurf wurde an die concordirenden, sowie auch an diejenigen andern Stände, welche um dessen Mittheilung gebeten, übersandt; in einem Begleitschreiben aber das Vertrauen ausgesprochen, daß die einzelnen Kantone etwaige Bedenken und Einwendungen gegen denselben, wenn diese untergeordneter Natur wären, dem Ziele einer Gleichförmigkeit des Wechselrechts bereitwillig zum Opfer bringen und sich von dem gemeinsamen Werke nur dann ausschließen würden, wenn wider Erwarten wichtige Gründe dieß als unabweisbar herausstellten. Zugleich wurde bemerkt, es solle den Kantonen freigestellt werden, der Wechselordnung mit oder ohne den 6. Abschnitt (Wechselexecution und Wechselproceß) beizutreten, für den letztern Fall aber

Digitized by Google

der Wunsch ausgedrückt, daß diese Lücke auf dem Wege der Kantonalgesetzgebung und zwar in einer mit den Grundsätzen der Wechselordnung nicht in Widerspruch stehenden Weise ausgefüllt werde.

Indem wir uns nunmehr zur Besprechung des Entwurfes, welcher nach dem Vorausgeschickten in kurzer Zeit das gemeinsame Wechselrecht einer Mehrzahl schweizerischer Kantone bilden dürfte, wenden, werden wir die hauptsächlichsten Mängel, an denen uns derselbe noch zu leiden scheint, sowie dessen wesentliche Abweichungen von der deutschen Wechselordnung hervorheben, zugleich aber aus den übrigens sehr dürftigen Protokollen dasjenige beibringen, was von allgemeinem Interesse seyn möchte. Bevor wir jedoch auf das Einzelne eingehen, sey uns die Bemerkung erlaubt, daß die von uns am Commissions-Entwurfe gerügten zahlreichen Mängel zum größern Theile, und zwar ganz in der in unserer Kritik angedeuteten Weise, in der neuen Arbeit beseitigt worden sind. Schließt sich nun dieselbe in Folge hiervon noch mehr wie der frühere Entwurf an die D. W. O. an, so können wir doch nicht umhin unser früher ausgesprochenes Urtheil zu bestätigen, daß sie dem deutschen Gesetze weder sachlich noch auch bezüglich der Form ebenbürtig zur Seite steht, und daß es uns bei dieser Sachlage kaum begreiflich ist, wie der Herr Redactor in der Conferenz erklären konnte, es eigne sich „die an sich vortreffliche deutsche Wechselordnung ihrer schwerfälligen und unklaren Fassung halber, sowie wegen verschiedener anderer Mängel" nicht zu einer wörtlichen Reception.

Beachtungswerth ist es zunächst, daß die Anerkennung der allgemeinen Wechselfähigkeit in §. 1, welcher nunmehr mit Art. 1 der D. W. O. wörtlich übereinstimmt, nur von Einer Seite beanstandet wurde, indem der Abgeordnete Aargau's zur Kenntniß der Versammlung brachte, daß der neue Entwurf einer aargauischen W. O. die Wechselfähigkeit von der Eintragung in ein Ragionenbuch abhängig mache, und die Aufnahme einer solchen Bestimmung in den vorliegenden Entwurf beantragte. Gegen eine solche Beschränkung wurde jedoch namentlich geltend gemacht, daß heutzutage der Wechsel auch von Nicht-Kaufleuten benützt werde, und man übrigens bei Aufstellung der Personen, die verpflichtet werden sollten sich in das Ragionenbuch einzutragen, in dieselbe

Digitized by Google

rathlose Verlegenheit fallen würde wie bei Bezeichnung der Personen oder Stände, welche wechselfähig seyn sollten oder nicht. Zu Gunsten der allgemeinen Wechselfähigkeit dagegen berichtete der Abgeordnete Zürich's, dessen Erfahrungen derjenige St. Gallens bestätigte, daß dieselbe, schon früher in seinem Kanton angenommen, anfangs zwar zu verschiedenen Uebervortheilungen und Prellereien geführt habe, so daß Anträge auf deren Beschränkung im großen Rathe gestellt worden seyen, und auch die Regierung zwei bezügliche Entwürfe ausgearbeitet habe. Allein man sey zur Ueberzeugung gekommen, daß die Beschränkung der Wechselfähigkeit nach einem bestimmten für alle vorkommenden Fälle entscheidenden Criterium unmöglich sey, währenddem die Erfahrung inzwischen die Leute gewitzigt, dieselben vorsichtiger und einsichtiger in Eingehung von Wechselverbindlichkeiten geworden seyen, so daß man sich seit längerer Zeit mit der allgemeinen Wechselfähigkeit befreundet habe.

Wie in seinen Bestimmungen über Wechselfähigkeit, so stimmt der Entwurf auch in denjenigen über die Form des gezogenen Wechsels (§§. 3—7) nicht allein der Sache, sondern auch der Fassung nach im Wesentlichen mit der D. W. O. überein. Abweichend ist jedoch namentlich, daß die Tratte nach §. 3 „die zu zahlende Summe im Contexte mit Buchstaben geschrieben" enthalten muß. Führte nun zwar für diese Beschränkung der Herr Redactor und Berichterstatter in der Conferenz an, daß die Bezeichnung der Wechselsumme durch bloße Ziffern wegen der Leichtigkeit der Fälschungen nicht zu begünstigen, und daß gewiegte Kaufleute ihm erklärt, sie würden einen so gefaßten Wechsel nie nehmen, hätten auch in ihrem langjährigen Verkehre einen solchen nie zu Gesicht bekommen, so hätte hiegegen in Erwägung gezogen werden sollen, daß der Wechselverkehr nicht auf Handelsleute sich beschränkt, Wechsel unter Nicht-Kaufleuten aber öfter eine nur in Ziffern angegebene Wechselsumme enthalten, währenddem jene Strenge des Gesetzes hier leicht zu betrügerischen Zwecken mißbraucht werden kann.

Auch die Verpflichtung des Ausstellers bestimmt §. 8 des Entwurfes in derselben Weise wie der nämliche Art. der D. W. O., jedoch mit dem Zusatze, über dessen Ueberflüssigkeit

Digitized by Google

wir uns schon früher ausgesprochen*), „gleichviel ob der Wechsel für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten gezogen ist."

Nicht weniger sind die Bestimmungen des Entwurfs über Indossament (§§. 9 — 16) in ihrer gegenwärtigen Fassung mit denen der D. W. O. im Einklange, bis auf den §. 16**). Wenn nämlich dieser letztere Paragraph, anders als der nämliche Artikel der D. W. O., demjenigen, an welchen ein rechtzeitig protestirter Wechsel indossirt worden, selbständige Wechselrechte gegen den Aussteller und die Indossanten, welche den Wechsel bis zur Protesterhebung indossirt haben, sowie auch gegen den Acceptanten gibt, so geschieht dieß offenbar in ganz uncivilistischer Weise, da diese Wechselverbundenen sich verpflichtet haben, daß der Wechsel zur wechselmäßigen Zahlungszeit dem dermaligen Inhaber bezahlt werden solle***); daher denn die Bestimmung des früheren Entwurfs richtiger war, wonach unter den bezeichneten Voraussetzungen das Indossament als eine Cession der Ansprüche und Regreßrechte, welche dem Inhaber, der den Protest erhoben, zustanden, gelten sollte. Abgesehen hievon, steht jedoch die gegenwärtige Fassung des Paragraphen, wiewohl im Verhältnisse zur früheren verbessert, derjenigen des entsprechenden Art. der D. W. O., wiewohl der Herr Redactor dieselbe für eine der unklarsten und unglücklichsten der deutschen Codification erklärt, unstreitig nach.

Bezüglich der Annahme dagegen sind die von uns hervorgehobenen Abweichungen von der D. W. O.†) bis auf die Lücke beseitigt worden, daß das Recht des Ausstellers eines Domicilwechsels, dessen Präsentation zur Annahme daselbst vorzuschreiben,

---

*) Kritik S. 11.

**) „Wechsel können auch nach der Verfallzeit, beziehungsweise nach der zur Protesterhebung Mangels Zahlung bestimmten Frist indossirt werden. Der Wechselinhaber erlangt alsdann die Ansprüche gegen den Bezogenen aus dem noch vorhandenen Accepte und:

1.

2. wenn der Wechsel rechtzeitig zur Zahlung präsentirt und Mangels Zahlung protestirt wurde, Regreßrechte gegen den Aussteller und diejenigen Indossanten, welche den Wechsel bis zur Protesterhebung indossirt haben."

***) Mein Lehrb. S. 104.

†) Kritik S. 15 f.

Digitized by Google

nicht anerkannt ist, in welcher Hinsicht die Conferenzprotokolle nur besagen, daß ein Antrag den Art. 24 der D. W. O. aufzunehmen in Minderheit geblieben sey.

Dafür aber hat sich der gegenwärtige Entwurf, anders wie der frühere, bezüglich des Regresses auf Sicherstellung an das von der D. W. O. befolgte System angeschlossen. Während der Commissions-Entwurf nämlich den Regreß Mangels Annahme nur dem Wechselinhaber und dann dem Indossanten, welcher Sicherheit geleistet, gestattete*), bestimmt nun §. 27:

„Jeder Indossatar wird durch den Besitz des Mangels Annahme erhobenen Protests zum gleichen Regresse gegen die frühern Indossanten und den Aussteller berechtigt, ohne Rücksicht darauf, ob er selbst seinen Nachmännern Sicherheit geleistet habe oder nicht."

Warum aber, fragen wir, soll nur ein Indossatar diesen Regreß nehmen können, und nicht auch der Remittent, wie dieß offenbar die Consequenz verlangt, sobald man das Regreßrecht nicht auf den Wechselinhaber beschränkt? Darüber besagen die Protokolle nichts. Die erwähnte Aenderung machte aber die Aufnahme eines neuen Paragraphen erforderlich, welcher (§. 28) wörtlich dem Art. 27 der D. W. O. entspricht, bis auf die Abweichung, daß in jenem die Worte des deutschen Gesetzes „insoferne sie gegen ihn den Regreß auf Sicherstellung nehmen" ausgelassen sind. In welchem Sinn jedoch diese Worte ausgelassen wurden, ob weil sich von selbst verstehend, oder weil die auf die Klage eines Nachmannes bestellte Sicherheit ohne weiteres allen übrigen Nachmännern des Bestellers haften solle, ist aus den Protokollen nicht ersichtlich. Wiewohl nun letzteres kaum die Meinung der Verfasser des Entwurfes seyn dürfte, da sonst die uncivilistische Eigenthümlichkeit sich herausstellte, daß eine von einem spätern Indossanten verlangte Caution ohne weiteres den Vormännern derselben haften könnte, so läßt doch die Fassung des Artikels einer entgegengesetzten Ansicht Raum. — Während aber der Regreß wegen Unsicherheit des Acceptanten auf die in Art. 29 Nr. 1 des deutschen Gesetzes bezeichneten Fälle beschränkt geblieben, ist die Redaction des bezüglichen §. 30 in einer Weise ab-

*) Kritik, S. 16.

Digitized by Google

geändert worden, die gegenüber derjenigen des früheren Entwurfes (§. 31) keineswegs als eine Verbesserung erscheint.

Wenn nämlich §. 30 dahin lautet:

„Wenn der Acceptant vor dem Verfalltage seine Zahlungen einstellt oder in Concurs verfällt, so ist der Wechselinhaber berechtigt, hierüber Protest erheben zu lassen und Regreß auf Sicherstellung zu nehmen",

so ist zunächst das Weglassen jeder Bezugnahme auf die etwaigen Nothadressen durch die Erklärung*) nicht gerechtfertigt, daß eine solche Erwähnung passender im Kapitel über Ehrenannahme geschehe, indem es sich hier in der That nicht um die Ehrenannahme handelt, sondern um Feststellung der Bedingungen, unter denen der Regreß wegen Unsicherheit des Acceptanten gegeben seyn soll, Bedingungen, zu welchen der Natur der Sache nach die erfolglose Präsentation an die Nothadressaten gehört. Bedenklicher jedoch ist der Umstand, daß, währenddem der Entwurf nunmehr den Regreß Mangels Annahme nicht allein dem Wechselinhaber, sondern auch jedem Indossatar, selbst demjenigen, der nicht Sicherheit geleistet, auf den Protest M. A. gestattet, wegen Unsicherheit des Acceptanten nur der Wechselinhaber Sicherheitsbestellung zu verlangen berechtigt seyn soll, eine Beschränkung, die im höchsten Grade inconsequent ist, über deren Motiv aber die Protokolle schweigen.

Unter den §§. über Bezahlung heben wir zunächst §. 39 hervor, welcher, mit Art. 36 der D. W. O. übereinstimmend, wie dieser noch immer der Streitfrage Raum läßt ob und inwieferne der Wechselschuldner zur Prüfung der Aechtheit der Indossamente berechtigt ist. Wenn aber der dem deutschen Gesetze fremde Schlußsatz in seiner nunmehr verbesserten Fassung**) dahin lautet:

„Hingegen ist derselbe (der Zahlende) berechtigt, von einem unbekannten Inhaber den Nachweis der Identität zu fordern, und wenn derselbe nicht beigebracht wird, den Betrag der Wechselsumme bei der zuständigen Behörde niederzulegen".

so kann man mit derselben doch aus dem Grunde nicht einverstanden seyn, weil sie die nach allgemeinen Grundsätzen bestehende Verpflichtung des Zahlers, sich der Identität des Präsentanten

*) Protokolle S. 14.

**) Kritik S. 18. 19.

Digitized by Google

mit der auf dem Wechsel als letzter Nehmer bezeichneten Person zu versichern, auszuschließen scheint.

Sehr beachtungswerth ist aber ferner der Umstand daß der neue Entwurf rücksichtlich der Geldsorten, in welchen der Wechsel zu bezahlen, von einem demjenigen des früheren Entwurfes durchaus entgegengesetzten Principe ausgeht. Währenddem dieser nämlich die Zahlung der Wechselsumme ohne weiteres in schweizerischer Währung gestattete, wenn nicht durch den Gebrauch des Worts „effectiv" oder eines gleich bedeutenden Zusatzes die Zahlung in der im Wechsel bestimmten Geldsorte ausdrücklich verordnet worden*), verfügt nunmehr §. 42:

„Lautet ein Wechsel auf eine fremde Geldsorte oder Währung, so ist derselbe in der angegebenen Geldsorte oder Währung zu bezahlen, insofern nicht auf dem Wechsel durch den Beisatz: „oder Werth zum Tagescours" oder durch eine ähnliche Bestimmung die Zahlung in schweizerischer Währung gestattet wird."

Wie aber, fragen wir, soll es dann gehalten werden, wenn ein Wechsel auf eine bloße Rechnungswährung, der keine reale Münze entspricht, lautet? Auf dieses Verhältniß hätte bei der neuen Redaction des Paragraphen Rücksicht genommen werden sollen, sowie auch zweckmäßig bestimmt worden wäre, daß bei Zahlung eines auf eine fremde Geldsorte lautenden Wechsels in schweizerischer Währung die Wechselsumme nach ihrem Werthe zur Verfallzeit, und zwar dem Curswerthe**) zu berechnen sey. Zwar scheint letzteres schon dadurch ausgedrückt zu seyn, daß der Entwurf den Beisatz „oder Werth zum Tagescurs" hervorhebt; allein es könnte gerade diese Fassung Schwierigkeiten für den Fall machen, daß die Gestattung der Zahlung in schweizerischer Währung durch einen andern Beisatz geschehen, welcher nicht ausdrücklich auf den Curswerth reflectirte.

Auch mit dem der Prolongation gewidmeten §. 44:

„Gewährt der Wechselinhaber dem Acceptanten eine Prolongation der Verfallzeit, so verliert er seine Rechte gegen

*) Kritik S. 19.

**) Brauer im Archiv f. Wechselrecht, Bd. IV. S. 113 fg.

Digitized by Google

diejenigen Vormänner, welche zu dieser Prolongation nicht eingewilligt haben"

können wir uns, wiewohl dessen gegenwärtige Fassung derjenigen des frühern Entwurfs (§. 45)*) vorzuziehen, nicht einverstanden erklären. Unseres Erachtens nämlich läßt sich die darin enthaltene Bestimmung nach allgemeinen wechselrechtlichen Grundsätzen nicht construiren, indem nicht einzusehen ist, warum der Wechselinhaber, wenn er, trotz der dem Acceptanten gewährten Prolongation, den Wechsel rechtzeitig zur Zahlung präsentirt und Mangels Zahlung protestirt, sein Wechselrecht gegen die nicht einwilligenden Vormänner verlieren sollte. Wendet man nun zwar hiegegen ein, zur Regreßnahme sey erforderlich daß der Regredient dem Vormanne alle auf den Wechsel gegründeten Rechte gegen den Acceptanten abzutreten im Stande sey**), so folgt hieraus nur, daß dem in Regreß genommenen Vormanne aus der Prolongation, in welche er nicht eingewilligt, ein Einwand gegeben seyn kann, nicht aber daß ihm ein solcher immer zur Seite stünde, was z. B. dann nicht der Fall seyn wird, wenn zur Zeit der Regreßnahme die prolongirte Frist bereits abgelaufen. Ist aber die Bestimmung des §. 44 keine aus allgemeinen Grundsätzen folgende, so ist sie deßhalb unzweckmäßig, weil sie die Prolongation unbrauchbar macht, indem in vielen Fällen die Einwilligung der Vormänner nicht oder nicht sogleich zu erhalten, und der Wechselinhaber sich alsdann kaum zu einer für ihn so gefährlichen Verlängerung herbeilassen dürfte.

Unter Nr. IX. Protest ist, wie im früheren Entwurfe, noch immer nicht Zusammengehöriges durch einander geworfen***), dagegen der auf den Erlaß des Protestes bezügliche §. 48 wesentlich verbessert worden.

In seiner nunmehrigen Fassung:

„Die vom Aussteller ausgehende und von sämmtlichen Indossanten wiederholte Aufforderung, keinen Protest erheben zu lassen („ohne Protest", „retour sans frais"), gilt als Erlaß des Protestes, nicht aber als Erlaß der Pflicht zur

*) Kritik S. 26.
**) Treitschke Encycl. II. S. 389.
***) Kritik S. 20 fg.

Digitized by Google

rechtzeitigen Präsentation. Der Wechselverpflichtete, welcher diese Aufforderung seiner Unterschrift beigefügt hat, muß die Beweislast übernehmen, wenn er die rechtzeitig geschehene Präsentation in Abrede stellt."

„Diejenigen Wechselverpflichteten, welche diese Clausel nicht wiederholen, sind nur insoferne regreßpflichtig, als rechtzeitig Protest erhoben wurde, und auch die übrigen Wechselverpflichteten schützt jene Aufforderung nicht vor der Pflicht zum Ersatze der Protestkosten"

stimmt derselbe der Sache nach ganz mit Art. 42 der D. W. O. überein. Warum aber dieser letztere nicht wörtlich aufgenommen worden, vermögen wir um so weniger einzusehen, als die vorliegende Redaction, von ihrer Breite abgesehen, deßhalb fehlerhaft ist, weil die Anfangsworte des Paragraphen so lauten als ob der Erlaß des Protestes nur dann überhaupt von Wirksamkeit seyn sollte, wenn die bezügliche Clausel vom Aussteller ausgegangen und dann von sämmtlichen Indossanten wiederholt worden, während aus den näheren Bestimmungen des Paragraphen sich ergibt, daß dieß in der That dessen wahrer Sinn nicht ist.

Die Vorschriften über den Regreß Mangels Zahlung sind im Wesentlichen unverändert geblieben, daher denn die hier von uns gegen den früheren Entwurf erhobenen Einwendungen*) auch dem gegenwärtigen gelten, wie namentlich daß eine Verpflichtung zur Notification in keiner Weise anerkannt ist. Dieß wurde vom Herrn Berichterstatter laut den Conferenzprotokollen dadurch gerechtfertigt, daß es überflüssig sey, alle Wechselinteressenten durch eine solche Anzeige in Unruhe zu versetzen, wenn der Regreßnehmer willens sey gleich an den ersten Indossanten oder an den Aussteller sich zu wenden; daß ferner die Notification bei Blancoindossamenten, die keinen Ort enthielten, unmöglich sey, und daß endlich das Notificationssystem nur dann seine Berechtigung habe, wenn es zu einer wechselrechtlichen Solennität erhoben werde, ohne welche kein Regreß möglich, währenddem dasselbe in der D. W. O. ein Zwitterding geworden, welches man beobachten könne oder auch nicht. Indessen sind diese gegen das Notifica-

*) Kritik S. 22 u. 23.

Digitized by Google

tionssystem der D. W. O. vorgebrachten Gründe von keinem Belange. Vorerst nämlich knüpft das deutsche Gesetz an die Unterlassung rechtzeitiger Notification, wenn auch nicht den Verlust des Regreßrechts, doch keineswegs unbedeutende Rechtsnachtheile in der Verpflichtung zum Schadensersatze und der Beschränkung des Regreßanspruchs auf die Wechselsumme (D. W. O. Art. 45 Abs. 3); sowie auch die Schwierigkeit bezüglich der Notification beim Indossamente ohne Ortsdatum durch eine derjenigen des Art. 47 der D. W. O. entsprechende Bestimmung hätte beseitigt werden können*), so daß die Notification nach dem deutschen Gesetze in keinem Falle unmöglich, und auch kein Zwitterding ist, das man thun oder lassen könnte. Dann aber dürfte es verhältnißmäßig seltener vorkommen, daß der Regreßnehmer gleich an den ersten Indossanten oder den Aussteller sich wendete, umsomehr als der Entwurf alle übersprungenen Indossanten ihrer Verbindlichkeit befreit, während es gewiß zweckmäßiger ist, alle Wechselinteressenten durch die Notification in Unruhe zu versetzen, als den einen oder andern derselben unversehens mit einer Regreßklage überfallen zu lassen.

Dagegen sind die Vorschriften über Wechselbürgschaft mehr wie im frühern Entwurfe**) mit der D. W. O. in Einklang gebracht worden, indem §. 68 der Sache nach mit den betreffenden Bestimmungen des Art. 81 des deutschen Gesetzes übereinstimmt. Fremd jedoch ist diesem letztern der §. 69:

> „Der Bürge, welcher den Wechsel einlöst, erlangt die Ansprüche und Regreßrechte, welche demjenigen zustanden, für welchen er sich verbürgt hat,"

durch welchen, anders wie im frühern Entwurfe (§. 71), dem Wechselbürgen, welcher den Wechsel eingelöst, nicht mehr selbständige Wechselrechte gegeben werden. Warum aber der Avalist, dessen Verhältniß als Intercedent dem Wechselrechte fremd ist, in die Rechte desjenigen, für welchen er sich verbürgt, eintreten soll, vermögen wir nicht einzusehen, wohl aber daß diese Bestimmung

---

*) Bluntschli, allg d. W. O.S. 91 fg.

**) Kritik S. 26 fg.

Digitized by Google

schon deßhalb unpraktisch ist, weil in manchen Fällen aus dem Wechsel nicht ersichtlich, wer der Bürge und wer der Verbürgte ist, wer also eigene und wer nur fremde Wechselrechte ausüben kann.

Durchaus mit denjenigen der D. W. O. im Einklange sind nunmehr, nachdem die von uns am frühern Entwurfe gerügten Mängel*) beseitigt worden, die Bestimmungen über Wechselvervielfältigung. Dagegen ist, was die abhanden gekommenen Wechsel betrifft, die Fassung des §. 77, wiewohl wesentlich verbessert**), doch noch keineswegs befriedigend. Unrichtig ist es nämlich vorerst, wenn daselbst der Nachweis über den Besitz und Verlust des Wechsels für die Einleitung des Amortisations-Verfahrens verlangt wird, da es vielmehr der Natur der Sache nach die Bescheinigung des Eigenthums am Wechsel ist, auf die es ankömmt; unzweckmäßig aber, wenn durch die Edictalladung der unbekannte Inhaber aufgefordert werden soll, den Wechsel vorzulegen, da die bloße Meldung, daß man den Wechsel inne habe, dem Zwecke des Amortisations-Verfahrens genügt, und es daher überflüssig ist den entfernt wohnenden Inhaber zu nöthigen den Wechselbrief den Gefahren einer Versendung auszusetzen.

Unter Nr. XV: Wechselfälschung und mangelhafte Unterschriften, vermissen wir einen dem Art. 94 der D. W. O. entsprechenden Paragraphen, während dem bei den Bestimmungen über Wechselverjährung die argen Mißgriffe der frühern Redaction***) in der Art beseitigt worden sind, daß der Entwurf nunmehr auch hier denselben Principien wie das deutsche Gesetz folgt. Doch ist die Bestimmung des §. 85, daß die Verjährungsfristen von dem Tage an berechnet werden, an welchem der Regreßnehmer den Wechsel freiwillig eingelöst, oder gegen ihn auf Einlösung Klage erhoben worden, ungenau.

Ebenso ist die Redaction des Abschn. III., eigene Wechsel, wiewohl wesentlich verbessert, noch keineswegs untadel-

*) Kritik S. 27 fg.

**) Kritik S. 28 fg.

***) Kritik S. 29 fg.

Digitized by Google

haft; — so z. B. wenn §. 89 gesagt ist, daß der §. 30 über den Regreß auf Sicherstellung bei Tratten auch auf eigne Wechsel anzuwenden, jedoch „mit der Maßgabe daß derselbe im Falle der Insolvenz des Ausstellers stattfindet", während bei gezogenen Wechseln dieser Regreß dann gegeben ist, wenn der Acceptant seine Zahlungen einstellt oder in Concurs verfällt, der erstere Fall aber nicht nothwendig Insolvenz im gewöhnlichen Sinne des Worts voraussetzt.

Auch die Paragraphen über die Gesetzgebung anderer Kantone und des Auslandes sind nicht durchweg glücklich gefaßt. Wenn nämlich §. 93 dahin lautet:

> „Angehörige der Kantone, welche dem Concordate nicht beigetreten, sowie Ausländer, werden bei Uebernahme von Wechselverbindlichkeiten in den concordirenden Kantonen als wechselfähig betrachtet, insofern sie sich nach den ihre Vertragsfähigkeit bestimmenden Gesetzen durch Verträge verpflichten können,"

so läßt diese Fassung Zweifel darüber, ob die Worte „in den concordirenden Kantonen" sich auf den Ort der Uebernahme der Wechselverbindlichkeit, oder den Ort, woselbst die Ausländer als wechselfähig betrachtet werden sollen, sich beziehen. Versteht es sich nun zwar von selbst, daß eine Wechselordnung nur darüber Vorschriften aufstellen kann, wann ein Ausländer innerhalb des vor ihr beherrschten Gebiets als wechselfähig zu behandeln, und scheint sonach der §. 93 bestimmen zu wollen, nach welchen Gesetzen die Fähigkeit des Ausländers, der im Inland Wechselverbindlichkeiten eingegangen, zu beurtheilen, so läßt der Entwurf die Frage darüber offen, welches Gesetz bezüglich der Fähigkeit des Ausländers, der im Auslande eine wechselmäßige Verbindlichkeit übernommen, maßgebend ist. Der Entwurf gibt also, anders als Art. 84 der D. W. O., darüber keine Auskunft, wie es z. B. dann gehalten werden soll, wenn ein Ausländer, der nach den Gesetzen seines Staates sich zwar vertragsmäßig verpflichten kann, allein nicht wechselfähig ist, im Auslande einen Wechsel indossirt hat, und nun aus dieser Wechselerklärung in einem concordirenden Kantone beklagt wird.

Zum Schlusse heben wir endlich hervor, daß auch der gegen-

Digitized by Google

wärtige Entwurf den Wechselarrest nicht kennt, in demselben dagegen das Präjudiz der Concurseröffnung, welches der frühere Entwurf gleichsam als Surrogat des Personalarrestes aufgestellt hatte*), weggefallen ist, so daß die sogenannte formelle Wechselstrenge nunmehr lediglich in dem schnellen Rechtsbetriebe besteht.

*) Kritik S. 8 fg.

Im December 1856.

Renaud.

Digitized by Google

XIV.

Zum Säcularfest des *Codex Maximilianeus bavaricus civilis* vom Jahre 1756.

Von der großen Gesetzgebung des Kurfürsten Maximilian Joseph des III von Bayern haben zwei Bestandtheile ihre Geltung, wenn auch durch die neuere Legislation in einzelnen Stücken modificirt, so doch im großen und ganzen bis auf unsere Tage erhalten. Dem Säcularfeste des Judiciarcoder (1753) ist in diesem Jahre das des Civilcoder (promulgirt am 2 Januar d. J. 1756) nachgefolgt.

Wenn der Eintritt eines Gesetzbuchs in das zweite Jahrhundert seiner Geltung immerhin ein denkwürdiges Ereigniß ist, welches unter allen Umständen zu einer eingehenden Betrachtung desselben anregt, so gewinnt dasselbe da noch eine erhöhte Bedeutung, wenn es, wie dieß unser Fall ist, mit einem Wendpunkte der Legislation zusammenfällt. Wie man weiß, so sind bei uns seit mehreren Jahren die Vorarbeiten zur Codification des Civilrechts nach einem neuen Plane und mit frischen Kräften wieder aufgenommen worden, und so wird sich von selbst der nach rückwärts gekehrte Blick wenigstens insoweit auch nach vorwärts wenden dürfen, als es sich dabei um das zukünftige Schicksal unseres Coder handelt.

Es gibt wenige Gesetzbücher, welche die Gunst und Ungunst der Beurtheilung in gleichem Grade erfahren haben wie der Codex Maximilianeus bavaricus civilis. Während die frühere Zeit sich in den Ausdrücken der Bewunderung überbot, den Verfasser mit dem Ehrentitel eines bayerischen Tribonian bedachte und in seinem Werke „ein unübertreffliches nie alterndes Modell einer Civilgesetzgebung" verehrte, ist es in neuerer Zeit nahezu Mode geworden, mit derselben Geringschätzung auf das Gesetzbuch herab-

Digitized by Google

zublicken, mit welcher man die Perücken und Zöpfe der Zeit zu betrachten pflegt, in welcher dasselbe entstanden ist. Während die noch in unsere Tage hereinragende ältere bayerische Juristengeneration in dem Codex und den Anmerkungen das A und O civilistischer Weisheit erblickte, und darin Mosen und die Propheten zu haben glaubte, ist es neuerlich nachgerade aufgekommen, den Codex in die antiquarische Rumpelkammer verrotteter, durch die Fortschritte der Zeit längst überholter Gesetzbücher zu verweisen.

Wollen wir dem Codex und dem trefflichen Manne, welcher denselben verfaßt hat, gerecht werden, so wäre es verkehrt und unzulässig, den Maßstab der Gegenwart anzulegen. Nicht die Mitte des neunzehnten, sondern die Halbscheid des achtzehnten Jahrhunderts muß zum Ausgangspunkt für unsre Beurtheilung genommen werden; nach dem Stande des damaligen Bedürfnisses und nach dem Maße des geistigen Vermögens, über welches jene Epoche zu gebieten hatte, müssen wir den Plan wie die Ausführung des Gesetzbuchs auffassen und zu würdigen suchen.

Dieß zugegeben, so sind wir um den Beweis nicht verlegen, daß unser Gesetzbuch, sowohl was die Gesundheit seiner Anlage, als auch was die Tüchtigkeit der Ausführung des vorgezeichneten Plans betrifft, auf der Höhe der Zeit steht, welcher dasselbe seine Entstehung verdankt, und daß, wenn überhaupt um die Mitte des vorigen Jahrhunderts das Civilrecht eines Landes codificirt werden sollte, weder richtigere Principien zur Grundlage der Arbeit gewählt noch höhere Ansprüche an die Ausführung derselben gestellt werden konnten.

Der Plan, welcher dem Civilcodex wie in ganz gleicher Weise auch den übrigen Stücken der Maximilianischen Gesetzgebung zu Grunde liegt, läßt sich mit zwei Worten bezeichnen.

Er war gerichtet auf eine klare und übersichtliche Fassung und Redaction des im Lande geltenden gemeinen und particularen Rechts, um damit der Unsicherheit und der daraus fließenden Ungleichheit und Willkür in der Rechtsanwendung abzuhelfen. „Es sey in dem Codex, sagt das Promulgationspatent, eben nicht viel Neues enthalten, sondern nur das ältere, sowohl gemeine als statutarische Recht, wie solches in hiesigen Kurlanden bisher meistentheils gangbar und üblich gewesen, aus seiner fast unübersehbaren Weitschichtigkeit und höchst beschwerlichen Unordnung in solche Ge-

Digitized by Google

stalt und Enge gebracht worden, daß es auch jeder, welcher selbes entweder von Amts- oder eigenen Angelegenheiten wegen zu wissen bedarf, desto leichter begreifen, behalten und befolgen kann". — Und in dem Promulgationspatent zu dem ersten Theil der ganzen Gesetzgebung, dem Criminalcodex, heißt es im Hinblick auf die beabsichtigte neue Gesammtgesetzgebung: „Es liegt zu Tage, in was für verwirrt und mangelhaften Zustand sowohl das gemeine als das statutarische Recht ungeachtet dessen, was man seither durch allerhand Specialverordnungen daran zu bessern gesucht hat, sich dato noch in unsern Curlanden befindet, und wie sehr man in schleuniger und durchgehender Justizadministration sich täglich dadurch gehindert finde. Dieser großen Beschwerde und Hinderniß abzuhelfen, haben wir einen vollständig neuen Codex juris patrii verfertigen zu lassen den Entschluß gefaßt".

Indem sich auf diese Weise der Codex auf eine Redaction des überlieferten Rechtsstoffes beschränkt und von jeder Revision desselben Umgang nimmt, außer soweit eine solche von selbst in der Entscheidung von Controversen enthalten ist, schließt er sich an die ältere Periode der land- und statutarrechtlichen Civilgesetzgebung an, und steht in einem entschiedenen Gegensatze zu den neuen Bestrebungen auf dem Gebiete der Landesgesetzgebung, welche kurz vor dem Beginn der Kreittmayr'schen Arbeiten durch die berühmte Cabinetsordre K. Friedrichs II. von Preußen vom 31 December 1746 gleichsam signalisirt waren.

Bis in das 18. Jahrhundert hinein hatte man bei der Aufzeichnung von Land- und Stadtrechten kein anderes Augenmerk, als das geltende Recht zu befestigen, vor Verdunkelung und Mißachtung zu bewahren, und wenn auch hie und da eine Läuterung und Sichtung der Rechtstradition beabsichtigt war, so hatte diese doch keine andere Tragweite als die Accommodation des deutschrechtlichen Elements an das, was die vorherrschenden Ansichten der gelehrten Juristen für angemessen und richtig erachteten.

Dieß war durchaus der Standpunkt der älteren bayerischen Codification, welche sich fast in einem regelmäßigen hundertjährigen Zeitmaß bewegte. „Das ist das Rechtsbuch", sagt der erste Artikel des Landrechtsbuchs von K. Ludwig dem Bayern, „also ganz alt gebessert und auch neu Artikel gesammelt aus allen Gerichten, Städten und Märkten nach des Kayſers Heißen und Gebot". —

Digitized by Google

Die Reformation des bayerischen Landrechts vom J. 1518 nennt sich selbst eine bloße „Erneuung, Erläuterung, Erklärung und Vermehrung des Ludwigschen Rechtsbuchs", während die Vorrede zum Landrechte vom J. 1616 als Plan von dessen Abfassung eine Erneuerung und Verbesserung des ältern Landrechts bezeichnet, „weil das ältere Recht theils außer Acht gelassen und überschritten, theils aber verfaßtermaßen nicht möge (d. h. könne) observirt und demselben also stracks nachgegangen werden können".

Diesem legislativen Conservatismus — wenn dieser Ausdruck gestattet ist, — trat auf das schroffste das principielle Postulat entgegen, welches der jugendliche König von Preußen der Verfertigung eines neuen Landrechts für seine Staaten vorzeichnete. „Weil die größte Verzögerung der Justiz aus dem ungewissen lateinischen römischen Rechte herrührt — so befehlen wir — ein deutsches allgemeines Landrecht, welches sich bloß *auf die Vernunft und die Landesverfassung* gründet, zu verfertigen" — sagt die Constitution vom 31 December 1746, §. 24, nicht ohne den Impuls zu verrathen, welchen die in Frankreich beginnende Zeitströmung und der der Autorität des Ueberlieferten feindlich gegenübertretende Geist der Kritik auch auf dem Rechtsgebiete schon damals auszuüben begann.

Endigte nun auch der erste Anlauf, welchen das von Cocceji verfaßte Project des corporis juris Fridericiani zur Realisirung des königlichen Gedankens genommen, mit dem Fragmente eines Institutionencompendium, — indem man das in der Vernunft gegründete Recht ganz im Sinne der damaligen Juristen eben einfach in dem römischen Recht fand, — so war doch damit ein principieller Wendepunkt für die deutsche Landesgesetzgebung in der Sphäre des Civilrechts angedeutet, indem eine Verbesserung des überlieferten Rechts als Aufgabe vorgezeichnet wird; und nicht nur die nach langen Unterbrechungen und mit wesentlich modificirtem Plane endlich, fast um ein halbes Jahrhundert später, zu Stande gekommene preußische Civilgesetzgebung ist aus diesem neuen Gedanken hervorgegangen, sondern auch die österreichische ruht wenigstens insoferne auf demselben, als die Verfasser der letzteren ebenfalls angewiesen waren, sich nicht an das römische Recht, sondern überall an die natürliche Billigkeit zu halten, wie denn auch die Einführung dieses Gesetzbuchs mit der Abschaffung aller bis dahin in

Digitized by Google

dem Gebiete seiner Geltung bestandenen Particular- und Statutarrechte verbunden war.

Soweit wir nun auch davon entfernt sind, das Ideal einer neuen Civilgesetzgebung in der Enthaltsamkeit von jedem reformatorischen Eingreifen in den traditionellen Rechtsstoff zu erblicken, und so wenig wir die Aufgabe der Gesetzgebung überhaupt auf die bloße Sammlung und Inventarisirung des bereits geltenden Rechts reduciren wollen, so wird man doch andererseits gerne zugeben, daß je nach der juristischen Bildungsstufe der Zeit, in welcher ein Gesetzbuch zu Stande kömmt, in jener Enthaltsamkeit gleichwohl ein wahres Verdienst desselben anzuerkennen ist. Und dieß Verdienst nehmen wir für unsern Codex in Anspruch, da wir der Epoche seiner Entstehung keinen Beruf zu einer reformatorischen und schöpferischen Thätigkeit auf dem Gebiete des Civilrechts zuzuerkennen vermögen.

In der That fehlte jener Zeit so ziemlich alles, wovon eine erfolgreiche Erneuerung des Civilrechts bedingt gewesen wäre. Es fehlte die wissenschaftliche Beherrschung des überlieferten Stoffes im Ganzen wie nach seinen römisch- und deutschrechtlichen Elementen; es fehlte das Vermögen juristischer Gestaltung und Formgebung; es fehlte endlich jene Ausbildung der deutschen Rechtssprache, welche dem richtigen Gedanken seinen adäquaten und würdigen Ausdruck gesichert hätte.

Sollte also überhaupt um die Mitte des vorigen Jahrhunderts eine lebendige und lebensfähige Frucht der Gesetzgebung zu Stande kommen, so war es eine unumgängliche Vorbedingung dazu, daß die ganze Anlage des Werkes in der beschränkten Weise gefaßt wurde, wie dieß eben unser Codex gethan hat. —

Aus dieser principiellen Anlage, aus diesem conservativen Geist des Codex folgen nun aber sofort noch eine Reihe von Corollarien, in welchen wir eben so viele theils relative theils absolute Vorzüge des bayerischen Gesetzbuchs dem gegenüber anerkennen müssen, was auf demselben Gebiete in jener Zeit anderwärts angestrebt und zum Theil auch ausgeführt worden ist.

Dahin gehört die Stellung welche der Codex den Rechtsquellen einräumt, die außerhalb des Gesetzbuchs auf Geltung Anspruch machen.

Bei der österreichischen wie bei der preußischen Gesetzgebung

Digitized by Google

war von Anfang an ein Hauptabsehen dahin gerichtet, in dem Gesetzbuch eine absolut exclusive Rechtsquelle zu schaffen.

Demgemäß ist derogatorischen „Observanzen, auch wenn sie schon per res judicatas approbirt wären", jede Geltung versagt (proj. corp. jur. Frider. 1, 2, §. 6 und 25). Provincial- und Statutarrechte sollen nur dann fortgelten, wenn sie binnen Jahresfrist eingesandt und vom Landesherren approbirt worden seyen (§. 10 a. a. O.). Der subsidiäre Gebrauch des gemeinen Rechts ist absolut ausgeschlossen.

Dem entgegen hat der Codex das Gewohnheitsrecht ohne alle Beschränkung als eine dem Gesetz ebenbürtige Rechtsquelle anerkannt; er hat dem Gerichtsgebrauch seinen Einfluß auf die Rechtsentwickelung gewahrt; die Fortgeltung des Statutar- und Localrechts ist in der That an keine besondere Bedingung geknüpft; die subsidiäre Geltung des gemeinen Rechts ist ausdrücklich anerkannt.

In demselben Geiste wird der doctrinellen Auslegung und dem Gebrauche der Analogie von dem Codex ihr volles Recht eingeräumt, und der Verfasser desselben hat in den Anmerkungen selbst dem Gesetzbuch einen großartigen Commentar als doctrinelles Hülfsmittel der Auslegung und Anwendung beigegeben, während das preußische Project geradezu verbietet, das Landrecht, „wenn es zweifelhaftig zu seyn scheine, zu interpretiren oder argumento legis allerhand exceptiones, limitationes et ampliationes nach Gefallen und öfters ex aequitate cerebrina zu fingiren", mit der Anweisung an die Gerichte, ihre Dubia an die perpetuirliche Landrechtscommission zur Entscheidung zu bringen, — womit von selbst auch das weitere Verbot zusammenhängt, Commentarien oder Dissertationen über das Landrecht oder einzelne Theile desselben zu schreiben („weil dergleichen zu vielen unnöthigen Disputen Anlaß gibt," §. 9 a. a. O.), oder die Autorität von Doctoren zu allegiren. —

Vor allen diesen Verirrungen hat den Verfasser des Codex sein praktischer Sinn bewahrt. Und der Tüchtigkeit des Plans entspricht auch die Tüchtigkeit der Ausführung. Der ganze Bau, welchen Kreittmayr auf jenen Grundlagen aufgerichtet hat, ist so respectabel und solid, als es nach der Beschaffenheit des Materials, mit welchem er zu arbeiten hatte, und nach der juristischen Bildungsstufe seiner Zeit nur immer erwartet werden kann.

Digitized by Google

Denn was zuvörderst die Darstellung des gemeinrechtlichen Elements betrifft so finden wir Kreittmayr durchaus auf der Höhe der damaligen Jurisprudenz und im Besitz einer vollständigen Kenntniß der Praxis und Doctrin seines Zeitalters. Der bayerische Gesetzgeber hat das erste Beispiel einer ausführlichen Darlegung des gesammten Materials gegeben, aus welchem die Sätze des Gesetzbuchs hervorgegangen sind. Die Anmerkungen, welche Kreittmayr zu dem Civilcoder in 4 Bänden veröffentlicht hat — der fünfte Band erörtert Lehren des öffentlichen Rechts, welche im Gesetzbuch selbst nicht behandelt sind — eröffnen uns einen vollständigen Blick in die Werkstätte des Gesetzgebers. Wir sehen mit welcher Gewissenhaftigkeit und Vollständigkeit die juristische Literatur jener Periode von den Consilien- und Responsensammlungen bis herunter zu den akademischen Dissertationen benützt ist. Wir staunen über die ungemeine Belesenheit ihres Verfassers und sind oft genug veranlaßt, dem praktischen Geschick unsre Anerkennung zu zollen, mit welcher er aus der Spreu die brauchbaren Weizenkörner herauszufinden und in controversen Punkten seine meist gewissenhaft der communior sententia nachgehende Entscheidung kurz und bündig zu motiviren versteht. Zwar geht Kreittmayr über die gemeinrechtliche Literatur des 18 Jahrhunderts selten oder nicht zurück. Man wird vergebens eine Berücksichtigung der großen Meister der französischen Schule bei ihm suchen, und in Sachen der Rechtsgeschichte hat Kreittmayr so ziemlich den Standpunkt der Glossatoren, welche bekanntlich alles Ernstes den Namen der lex Falcidia von Falx und den der lex Furia Caninia von canis herleiteten. Nichtsdestoweniger konnte Stephan Pütter den Anmerkungen mit gutem Fug das Zeugniß geben, daß nicht leicht ein Werk existire, in dem sich so vieles Brauchbare beisammenfinde; sie sind in der That ein vollständiges Repertorium der praktischen und theoretischen Literatur des Civilrechts der bezeichneten Periode.

In der Darstellung der deutschrechtlichen Institute hat sodann Kreittmayr das meiste aus dem ältern Landrecht vom Jahre 1616 geschöpft, unter Berücksichtigung der Modificationen, welche dessen Sätze im einzelnen durch Praxis und Gewohnheitsrecht etwa erlitten hatten. Es muß hiebei unserem Kreittmayr im Hinblick auf die romanisirende Richtung, welche in jener Zeit unter den gelehrten Juristen entschieden vorherrschte und noch in manchen

Digitized by Google

Landrechten des 18 Jahrhunderts (wie namentlich in dem Mainzer Landrecht) der überlieferten deutschen Rechtssitte feindlich entgegen trat, zu einem besonderen Verdienste angerechnet werden, daß er dieser Richtung wenige Concessionen machte, vielmehr mit einer gewissen Vorliebe an dem deutschrechtlichen Elemente, soweit er es in der ihm vorliegenden Rechtsübung vorfand, festhielt; er tritt in diesem Sinne mehr als einmal dem Commentator des ältern Landrechts entgegen, wo dieser eine im deutschen Recht fußende Praxis vom romanistischen Standpunkt aus zu corrigiren sucht. In demselben, dem deutschen Rechtselement freundlichen Geist erklärt sich der Codex gegen jene Beschränkungen in der Auslegung und Anwendung des statutarischen und localen Rechts, durch welche die Romanisten dessen Geltung auf die engste Gränze zu reduciren suchten (statuta non pariunt sicut mulæ). Kreittmayr verwirft die Regel, daß bloß eine einschränkende Auslegung derselben zulässig sey, und räumt den gewöhnlichen Interpretationsregeln ihre volle Geltung ein. — In der Darstellung des einen und andern deutschrechtlichen Instituts zeigt sich übrigens Kreittmayr nicht bloß als Redactor, sondern auch als conditor juris. So hat er an der Feststellung der Theorie von den Erbverträgen, welche von der Praxis und Doctrin des vorigen Jahrhunderts gebildet wurde, einen nicht unbedeutenden Antheil; die Germanisten lassen in dieser wie in anderen Beziehungen unsern Kreittmayr mit Recht als einen Hauptzeugen der spätern Entwicklung des deutschen Rechts in der Praxis und Doctrin des 18. Jahrhunderts gelten. —

Was endlich die formelle Seite der Ausführung anlangt, so tritt uns hier allerdings der Abstand der Zeit am grellsten entgegen, indem unsre Ansprüche und Forderungen bestimmt werden durch den großen Fortschritt, welchen die Wissenschaft seit 60 Jahren gerade im Hinblick auf systematische Gliederung und elegante Darstellung des Rechtsstoffes gemacht hat.

Kreittmayr hat von Hause aus darauf verzichtet, ein neues System aufzustellen; obwohl er das Ungenügende des Institutionensystems wohl gefühlt und eingesehen hat, so hat er dasselbe gleichwohl beibehalten, weil es einmal das hergebrachte sey. Die Folge davon ist, daß die deutschrechtlichen Institute in keine organische Verbindung mit den römisch-rechtlichen gebracht

Digitized by Google

sind, daß sie nur mehr gleichsam neben den letzteren herlaufen, wie denn z. B. die Darstellung des Zehentrechts, der Frohnen und Scharwerke bei den Servituten untergebracht sind u. s. w.

Die Sprache des Codex ist weder gewählt noch correct: sie stellt jenes barbarische Gemisch von deutschen und lateinischen Ausdrücken dar, welches damals nicht bloß in den Schriften der Juristen gäng und gäbe war. Vergleicht man in Hinsicht auf Diction und Fassung den Codex mit dem allgemeinen preußischen Landrechte, so scheinen nicht 38, sondern 100 Jahre zwischen der Redaction beider Werke zu liegen, so stark ist in dieser Beziehung der Abstand; freilich kam den spätern Revisionen des preußischen Landrechts bereits der Aufschwung der deutschen Sprache und Literatur seit Lessing zu statten, das Coccejische Project steht auch in diesem Betracht eher noch unter der Linie unseres Codex.

Endlich hat Kreittmayr die Durchführung einer streng legislativen Haltung des Codex nicht selten einer Nebenabsicht zu Liebe geopfert, welche ihn seinem eigenen Geständniß gemäß bei der Abfassung desselben wie bei der Veröffentlichung der Anmerkungen geleitet hat. Der Codex sollte zugleich doctrinellen Zwecken dienen, er sollte als Compendium des geltenden Rechts eine allgemeine Brauchbarkeit über Bayern hinaus in Anspruch nehmen, und die Anmerkungen sollten sich dazu verhalten, wie die Digesten zu den Institutionen.

Trotz alle dem muß man dem Codex in formeller Beziehung zwei Vorzüge zugestehen, von solcher Bedeutung, daß sie die gerügten Mängel größtentheils zu überdecken geeignet sind.

Der eine Vorzug ist die richtige Mitte, welche der Codex einzuhalten weiß zwischen einer casuistischen Zersplitterung des Stoffs in welche die Redactoren des preußischen Landrechts durch ihr Bestreben nach erschöpfender Vollständigkeit der gesetzlichen Normirung gerathen sind, und hinwiederum einer allzu knappen Oekonomie und Sparsamkeit in der Aufstellung gesetzlicher Anhaltspunkte, wie sie sich in vielen Partien des österreichischen Gesetzbuchs findet. Der Codex gibt dem Richter Details genug, um über alle wichtigen Punkte, welche bei der Beurtheilung eines Rechtsverhältnisses hervortreten können, einen sichern Anhalt zu finden, zugleich ist aber auch der auslegenden und combinirenden Thätigkeit des Richters noch ein hinlänglicher Spielraum eingeräumt.

Digitized by Google

Mit diesem richtigen Maße in der Darstellung verbindet sich sodann eine gewisse Deutlichkeit und Uebersichtlichkeit des Vortrags; das Bestreben in dem Gesetzbuch zugleich ein Compendium zu liefern, hat zur Benützung aller jener äußeren Erleichterungsmittel des Verständnisses geführt, welchem namentlich die ältern juristischen Lehrbücher ihre Popularität verdankten, und wodurch jedenfalls einer schwächeren Fassungsgabe eine rasche Orientirung erleichtert wird.

Man kann dem Codex auch in formaler Beziehung keine hellere Folie geben, als durch die Vergleichung mit dem coccejischen Project; dieß hat mehr die Form und Fassung eines Collegienheftes über den usus modernus juris romani und schließt sich ganz ängstlich an die Institutionen an; die Darstellung ist unbeholfen und schwerfällig, breit und zerfahren ohne allen legislativen Nerv. Dieser Arbeit gegenüber nimmt das Werk Kreittmayrs das Verdienst einer verhältnißmäßig freien Beherrschung des Stoffs und einer gesetzgeberischen Präcision in der Fassung seiner Bestimmungen in Anspruch. —

Diese Vorzüge sind es, welche dem Codex in der Geschichte der deutschen Gesetzgebung für immer einen ehrenvollen Platz sichern, und seinen Verfasser als einen der ersten Juristen Bayerns, als einen ebenbürtigen Nachfolger des gelehrten und geschmackvollen Commentators des ältern Landrechts, des Freiherrn von Schmid, und zugleich als einen hervorragenden Rechtsgelehrten seiner Zeit überhaupt erscheinen lassen. In der That, man muß staunen über die Energie, die Gelehrsamkeit und das praktische Geschick eines Mannes, welcher — mit der Leitung der bayerischen Rechtspflege und mit den wichtigsten Staatsgeschäften betraut — gleichwohl Zeit und Kraft fand, in dem kurzen Zeitraum von 6 Jahren vier lebensfähige Gesetzbücher zu entwerfen und in verhältnißmäßig ebenso kurzer Zeit die umfassenden Anmerkungen dazu auszuarbeiten, worauf er noch (bis zu dem Jahre 1769) compendiarische Darstellungen der einzelnen Zweige des bayerischen Rechts folgen ließ. Man wird gern anerkennen, daß Kreittmayr sein Denkmal, welches ihm gegenüber einem andern trefflichen Sohne Bayerns errichtet ist, wohl verdient habe*). —

*) Franz Xaver Aloys Wiguläus Freiherr von Kreittmayr, am 14 Dec. 1705 geboren zu München, war bürgerlicher Abkunft. Er stu-

Digitized by Google

Indem wir hiemit dem Codex und seinem Verfasser ihre volle Ehre und gleichsam ihr historisches Recht widerfahren lassen, glauben wir um so unbestrittener die Befugniß erworben zu haben, nunmehr den Standpunkt zu verändern und den Maßstab der Gegenwart an das Werk zu legen.

Hier wird es nun aber keines weitläufigen Beweises bedürfen, daß der Codex den Anforderungen, welche wir von dem Standpunkte der Wissenschaft und des Rechtsbedürfnisses der Gegenwart an eine Civilgesetzgebung zu machen berechtigt sind, kein Genüge leistet.

Vor allem hat die wissenschaftliche Erkenntniß des Civilrechts seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts bekanntlich einige Fortschritte gemacht; die neuere Wissenschaft war nicht fruchtlos bemüht, den überlieferten Stoff geistig zu durchdringen und damit eine Herrschaft über denselben zu erlangen. Die Erforschung des römischen Rechts hat uns wichtige Aufschlüsse über Entstehung, Wesen und Zusammenhang der Institute dieses Rechts gegeben, sie hat damit manches, was in dem Inventarium des überlieferten Rechts als lebendiger Bestandtheil desselben fortgeführt wird, als längst abgestorben nachgewiesen. Für wichtige Grundbegriffe ist ein neues Verständniß gewonnen, ganze Rechtsinstitute sind in ein neues Licht gestellt worden, nicht wenige Axiome der ältern Doctrin und Praxis sind in das Bereich der Irrthümer und Mißverständnisse

---

dirte die Rechte zu Ingolstadt, dann Geschichte und Staatsrecht, welche Disciplinen in Ingolstadt nicht gelehrt wurden, zu Utrecht und Leyden. Hierauf nahm er Reichskammergerichtspraxis zu Wetzlar und wurde noch vor vollendetem 20. Lebensjahre Mitglied des kurfürstlichen Hofraths. Das Jahr 1745 brachte ihm die Erhebung in den Reichsfreiherrnstand und einen Ruf nach Wien an den Reichshofrath. Auf seine Ablehnung erhielt er die Würde eines bayerischen Hofrathskanzlers und Geheimenraths, und im Jahre 1749 wurde er zum Geheimerath, Vicekanzler und Conferenzminister erhoben, welche Stellung er bis zu seinem Tod (1790) bekleidete, mit dem Vertrauen des Kurfürsten Max Joseph III wie seines Nachfolgers Carl Theodor gleich beehrt. Dreimal (1740, 1745 und 1790) wurde Kreittmayr als Beisitzer und Kanzler in das Reichsvicariats-Hofgericht berufen. — Seine legislativen Arbeiten begann er 1750, und vollendete bis zum Jahre 1756 die 4 Gesetzbücher.

Digitized by Google

verwiesen. — In ähnlicher Weise war die Wissenschaft des deutschen Rechts vielfach mit Glück bemüht, in den innern juristischen Kern deutschrechtlicher Institute einzudringen und dieselben, aus sich selbst her aus, organisch zu entwickeln. — Weiter hat das Leben, das politische wie das sociale, große Umwandlungen erfahren. Wichtige Institute des überkommenen Rechts sind von der Strömung der Zeit weggeschwemmt worden, mancher Riß ist auszufüllen, mancher Faden ist neu zu knüpfen. Andrerseits hat der beschleunigte Pulsschlag des modernen Verkehrslebens neue Verhältnisse und Institute hervorgetrieben, deren rechtliche Gestaltung von der Gesetzgebung erwartet wird.

Endlich ist auch das allgemeine Rechtsbewußtseyn der Betheiligten wie der Sachverständigen, die Ueberzeugung von dem, was in einzelnen Rechtsverhältnissen gerecht, billig und zweckmäßig sey, in mehr als einem Punkte einer entschiedenen Umwandlung nicht entgangen; die Enkel denken auch über manche Stücke des Civilrechts anders als ihre Großväter und Urgroßväter. —

In allen diesen Beziehungen steht der Codex selbstverständlich um ein Jahrhundert hinter der Gegenwart zurück.

Er bleibt auf mehr als eine wichtige Frage des heutigen Rechtslebens die Antwort schuldig, wofür beispielweise nur auf die Lehre von den juristischen Genossenschaften, welche in der neueren Zeit entstanden sind, hingewiesen seyn möge.

Es kleben demselben ferner alle Mängel an, mit welchen in der Epoche seiner Entstehung die Erkenntniß und die Darstellung des Civilrechts behaftet war.

Um auch in dieser Hinsicht einiges hervorzuheben, so liegt der Codex im einzelnen immerhin noch zu viel in den Fesseln des römischen Rechts. Er hat im Geiste jener Zeit manches Institut des römischen Rechts aufgenommen und in gutem Glauben als praktisch hingestellt, welches in längst verschwundenen historischen Prämissen wurzelt, und unserem Rechtsleben und Rechtsbewußtseyn fremd ist. So hat er z. B. im Familienrecht das Peculiensystem des römischen Rechts fast unverändert recipirt, obgleich die Grundsätze, in welchen dasselbe wurzelt, aufgegeben sind, da ja anerkannt ist, daß Hauskinder ein eigenes Vermögen erwerben, und daß sie mit dem Vater ebenso wie dritte Personen Geschäfte abschließen

Digitized by Google

können. — In ähnlicher Weise bezeichnet der Codex die auctoritatis interpositio im römischen Sinn des Wortes, — bekanntlich der Angelpunkt des römischen Unterschieds von Tutel und Cura — als dem hiesigen Landesgebrauch nicht gemäß; er erkennt an, daß der Tutor auch abwesend seine Autorität interponiren kann, und daß die minderjährigen puberes den Pupillen und vogtbaren Personen in allen Stücken gleichstehen; nichtsdestoweniger ist aber der ganzen Lehre von der Altersvormundschaft der Unterschied von tutela und cura vorangestellt. — In der Darstellung des Obligationenrechts hält sich Kreittmayr so ängstlich an die Schablone des römischen Rechts, daß selbst die Rubrik der contractus verbales, des contractus literalis oder chirographarius nicht übergangen ist u. s. w. —

Die dem römischen Recht entnommenen Rechtsregeln sodann trägt der Codex selbstverständlich in der Fassung vor, welche ihnen die damalige Doctrin und Praxis gegeben hatte. Die neuere Wissenschaft hat aber fast in allen Lehren die ältere Auffassung vielfach geläutert und berichtigt, und so stoßen wir beinahe in jedem Paragraphen auf den einen oder anderen Satz, den die heutige Theorie als mangelhaft gefaßt oder auch geradezu als irrig bezeichnet. Beispielsweise sey auf die Darstellung der Lehre von der Mora und Culpa, von der Verjährung der Servituten, von der Klagverjährung, von der unvordenklichen Zeit, von der Collation, von der Berechnung der Legitima u. s. w. verwiesen.

Endlich tritt uns eine weitere Schwäche des Codex in seiner Behandlung der deutschrechtlichen Institute entgegen. Hier vermissen wir fast durchaus das Vermögen begrifflicher Gestaltung, und nehmen Anstoß an den unpassenden Analogien römischer Rechtsbegriffe, unter welche die deutschen Institute mit völliger Verkennung ihres wahren juristischen Wesens eingezwängt werden. Man vergleiche beispielsweise die Darstellung der Reallasten und die Andeutungen über die Gütergemeinschaften.

Indem wir hiemit auf die Mängel und Schwächen des Codex rückhaltslos hinweisen, müssen wir gleichwohl unsere Ueberzeugung dahin aussprechen, daß sie alle zusammen nicht von der Art sind, um für sich allein eine neue Codification des Civilrechts als dringendes Bedürfniß erscheinen zu lassen. Vorausgesetzt, daß die Specialgesetzgebung, welcher unser civiler Rechtszustand schon bisher so

Digitized by Google

eingreifende Verbesserungen zu danken hat, mit planvoller Consequenz und wachsamer Energie ihren Weg fortsetzt und im Einzelnen zweifellosen Bedürfnissen entgegenkommt und anerkannten Schäden abhilft, so ließe sich mit dem Codex ohne Frage noch länger — wenn dieser Ausdruck gestattet ist — forthausen, und zwar aus einem doppelten Grund: theils erscheinen die Fehler desselben größtentheils für die Rechtsanwendung ohne erheblichen Belang, theils hat der Codex der subsidiären Anwendung des gemeinen Rechts ein nicht unbedeutendes Feld offen gelassen, und es damit den Gerichten vielfach möglich gemacht, die geläuterten Ansichten einer fortgeschrittenen Rechtswissenschaft auf dem Wege der Ergänzung wie der Auslegung des Gesetzbuchs zur Geltung zu bringen.

Andrerseits sind aber immerhin die Gebrechen des Codex zahlreich und erheblich genug, um uns ohne Bedauern dem Untergange desselben in einer neuen Gesetzgebung entgegensehen zu lassen, welche unserem Vaterland die längst ersehnte Wohlthat der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Civilrechts zuzuwenden bezweckt. Einer solchen Gesetzgebung vermögen wir aber keinen bessern Wunsch zuzuwenden, als den, daß sie für unsere Zeit und nach dem Maßstab unsrer Rechtserkenntniß dasselbe leisten möge, was dem Codex Maximilianeus bavaricus civilis für seine Zeit und nach dem Standpunkte der damaligen Rechtswissenschaft zu leisten gelungen ist. —

December 1856.

Dr. Dollmann.

Digitized by Google

XV.

Wilhelm Eduard Wilda.

Nekrolog.

Am 9 August 1856 starb in Kiel nach kurzer Krankheit der ordentliche Professor der Rechte und Etatsrath Dr. Wilhelm Eduard Wilda, ein Mann, welchem die deutsche Rechtswissenschaft nicht etwa bloß eine Anzahl einzelner tüchtiger Leistungen, sondern geradezu eine neue und vielversprechende Richtung ihrer Fortentwicklung verdankt. Wilda war, wenn nicht der Begründer, so doch der erste bewußte und consequente Vertreter der vergleichenden germanischen Rechtsgeschichte in Deutschland.

Schon vor Wilda hatte es allerdings nicht an Männern gefehlt, welche mit den außerdeutschen Rechten germanischen Stammes sich befaßten, und zumal hatte die politische Verbindung Schleswig-Holsteins mit Dänemark, sowie Vorpommerns mit Schweden derartigen Studien kräftigen Vorschub gethan, indem sie die Universitäten Kiel und Greifswalde in eine engere Beziehung zu dem Rechte der nordischen Reiche brachte. Bereits im vorigen Jahrhundert hatte Detharding über die isländischen Gesetze geschrieben, Oelrichs in Bremen Anchersen's auf die norwegische Rechtsgeschichte bezügliche Abhandlungen herausgegeben; schwedische Abhandlungen rechtshistorischen Inhalts hatte Nettelbladt in Greifswalde edirt, für das dänische Recht der schleswig-holsteinische Kanzler von Westfalen mannigfach vorgearbeitet u. dgl. m. Ja sogar auf den Werth des Studiums der nordischen, der angelsächsischen, dann wieder der schweizerischen Rechtsquellen u.

Digitized by Google

s. w. für den Betrieb unserer deutschen Rechtsgeschichte selbst war hin und wieder bereits aufmerksam gemacht worden; es genügt in dieser Beziehung an die großen Verdienste zu erinnern, welche sich gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts Dreyer erworben hat. In das gegenwärtige Jahrhundert herein hatten sich diese Zustände fortgesetzt, und wenn Schildener durch die Vorträge über schwedisches Recht, welche an der Greifswalder Universität gehalten werden mußten, zur Herausgabe des Gutalagh und zu manchen anderen auf die Kenntniß der schwedischen Rechte gestützten Arbeiten veranlaßt wurde, so gab für Falck das in Schleswig geltende jütsche Low den Anstoß zu eingehender Beschäftigung mit den dänischen Rechten. Durch die Fortschritte, welche auf einem verwandten wissenschaftlichen Gebiete gemacht wurden, erhielten aber jetzt derartige Bestrebungen zugleich eine weit energischere Anregung und eine tiefere wissenschaftliche Begründung.

Es ist bekannt daß seit der Mitte etwa des vorigen Jahrhunderts in fortwährend steigendem Maße ein Bruch mit dem conventionellen gelehrten Formalismus, eine Rückkehr zum Stofflichen und Volksthümlichen in unserer Literatur sich geltend zu machen begann. Im Gegensatze zu der sogenannten Classicität der französischen Kunstdichtung fieng man an auf Shakespeare und seine Zeitgenossen, auch wohl auf englische und gälische Volkslieder oder was man dafür hielt, den Blick zu richten; die Dichtungen des deutschen Mittelalters wurden wieder entdeckt und hervorgezogen, und sogar der altnordischen Mythologie und Literatur begann man liebevolle Aufmerksamkeit zu schenken; der ferne Orient mit seinen kaum halb erschlossenen Schätzen wurde herangezogen und selbst dem classischen Alterthume eine eingehendere, dessen Eigenthümlichkeit verständiger würdigende Betrachtung zugewandt. Sieht man ab von dem mehr universalhistorischen oder auch ästhetischen Einflusse, welche diese Richtung der Geister auf einzelne Koryphäen unserer Literatur geäußert hat, so tritt in derselben unverkennbar ein sehr entschiedener national deutscher Grundzug hervor, vermöge dessen dieselbe mit dem sich vorbereitenden Wiedererwachen unseres Volkes in unläugbarer Verbindung steht. Mochte das mit altnordischer Beimischung versetzte Zurückstürmen in die germanischen Urwälder zunächst zwar mancherlei Unwesen und zumal ein schauerliches Bardengebrüll zur Folge haben,

Digitized by Google

von welchem sebst ein Klopstock sich nicht völlig frei zu halten wußte — immerhin hat die beginnende Bekanntschaft und Beschäftigung mit der älteren und volksmäßigen Literatur des eigenen und stammverwandter Völker auf unser Volksgefühl belebend eingewirkt und zugleich einer späteren gesunderen Würdigung jener tüchtig vorgearbeitet.

Dieser weitere Fortschritt erfolgte in den ersten Decennien des gegenwärtigen Jahrhunderts. Man hatte bisher die Literatur des germanischen Mittelalters zum Gegenstande eines gewissen Cultus gemacht, man hatte sich mit ihren einzelnen Zweigen beschäftigt und auch wohl deren höhere Einheit herausgefühlt; aber diese letztere war doch noch keineswegs zu klarem Bewußtseyn gediehen, und man hatte auch wohl neben dem germanischen das classische, das romanische, das orientalische Alterthum und Mittelalter mit in denselben Topf geworfen. Präciseres Auffassen und tieferes Durchdringen des einheimischen Stoffes, wissenschaftliche Feststellung der Beschaffenheit und Grundlage seiner Verwandtschaft mit der übrigen germanischen Litteratur, endlich scharfe Ausscheidung des mit dieser nicht oder doch nur entfernter Verwandten war nöthig, wenn das Studium unserer deutschen Literatur über das Stadium eines bloßen Dilettantismus sich erheben sollte. Von den verschiedensten Seiten aus wurde energisch zugegriffen, um nach allen drei Seiten hin die gestellte Aufgabe zu lösen. Während unter Vorantritt des alten Voß die classische Philologie gegen das wüste Treiben jener verworrenen Völkermengerei zu reagiren begann, während durch die Brüder Schlegel, durch Wilhelm Humboldt und wenig später durch Bopp in weiterem Umfange der Grund zu der neuen Wissenschaft der vergleichenden Sprachforschung gelegt wurde, stieg auch auf dem specifisch germanischen Gebiete nicht nur die Zahl der Arbeiter, sondern zugleich auch der wissenschaftliche Gehalt ihrer Leistungen in vordem nicht geahntem Maße. Es ist hier nicht am Orte der einzelnen Männer zu gedenken, deren Thätigkeit in dieser Richtung vorzugsweise fördernd wirkte; es kann selbst der zahlreichen Arbeiten nicht im einzelnen Erwähnung geschehen, durch welche die Brüder Grimm, die anerkannten Stifter der neuen germanischen Schule, dieser Gang und Ziel anwiesen; ein Werk darf indessen hier nicht unerwähnt bleiben, welches recht eigentlich für das

Digitized by Google

Studium unseres Alterthums Epoche macht, die „deutsche Grammatik“ von Jakob Grimm (seit 1819). Zum erstenmale wurde durch diese kolossale Leistung in den Betrieb der germanischen Sprachforschung feste Methode und Ordnung gebracht, allen andern Zweigen der Sprachkunde und selbst der allgemeinen vergleichenden Sprachwissenschaft wurde durch sie ein unübertreffbares Vorbild aufgestellt, aber auch über das Bereich der bloß sprachlichen Forschung hinaus zu dem gewaltigsten Aufschwunge geschichtlicher Studien der Weg gewiesen oder selbst geebnet. Von jetzt an stand wissenschaftlich fest daß und in welcher Weise die verschiedenen germanischen Sprachen verwandt seyen, und nach welchen Gesetzen sich die Verschiedenheit ihres Baues bei aller Gemeinsamkeit ihrer Grundlage regele; es konnte fortan in sprachlichen Dingen wenigstens nicht mehr wie bisher halbwegs ähnliches zur Vergleichung nebeneinander gestellt und im Finstern tastend ein Weg zum Gemeinsamen gesucht werden; es mußte vielmehr von nun an nach feststehenden Regeln mit mathematischer Consequenz verfahren werden, wenn die Einheit in der Mannichfaltigkeit nachgewiesen oder ein germanischer Sprachzweig zur Erklärung des anderen herangezogen werden wollte.

Durch die Herstellung von Gesetz und Regel auf dem sprachlichen Gebiete war aber der Natur der Sache nach sofort die Aufgabe gestellt, daß das gleiche Ziel auch auf allen übrigen Gebieten, auf welchen sich die Volksthümlichkeit zu äußern pflegt, erstrebt und erreicht werde. Für Religion, Sage und Sitte, insbesondere aber auch für das Recht, mußte in gleicher Weise einerseits die Einheit, andererseits die Verschiedenheit der germanischen Stämme als eine gesetzmäßige dargethan werden, und es erwuchs hieraus, wenn wir von den sonstigen Gebieten des germanischen Volksthums hier völlig absehen, für die Rechtswissenschaft eine zwiefache Aufgabe. Einerseits nämlich mußte der Rechtsstoff für jeden einzelnen Zweig des Gesammtvolkes liquid gestellt und in seinem geschichtlichen Zusammenhange aufgefaßt werden; sodann aber mußte das Recht der verschiedenen germanischen Stämme verglichen und hiedurch nicht nur ergänzt werden was etwa in der Entwicklungsgeschichte des einzelnen Volkes aus Mangel an Quellen dunkel blieb, sondern es war auch der gemeinsame Ausgangspunkt aller und die Art ihrer geschichtlichen Verzweigung auf-

Digitized by Google

zuspüren und bis ins Detail herunter zur wissenschaftlichen Evidenz zu bringen — eine ungeheure Aufgabe, wenn man bedenkt, wie massenhaft und weit zerstreut der Stoff und wie wenig bisher für dessen Förderung geschehen war, wie subtil ferner die Vergleichung selbst auf einem Gebiete ist, welches weit weniger als das sprachliche concrete und feste Formen zeigt.

Für die specifisch deutsche Rechtsgeschichte war inzwischen durch K. F. Eichhorns gewaltiges Werk (von 1808 ab) ein tüchtiger Grund gelegt, und durch die Stiftung der Gesellschaft für Deutschlands ältere Geschichtskunde (1819) die Herausgabe der deutschen Geschichtsquellen in früher unerreichbarem Umfange ermöglicht worden; eine Reihe der tüchtigsten Kräfte wurde bald für dieses letztere Ziel thätig, während andere mit nicht minderem Eifer den Spuren Eichhorns folgten, durch theils historische, theils dogmatische Arbeiten der Geschichte und Gegenwart des einheimischen Rechts dienend. Gleichzeitig wurde aber auch den germanischen Rechten außerhalb Deutschlands in erhöhtem Maße die Aufmerksamkeit zugewandt, und eine Reihe von Monographien und Abhandlungen über einzelne Stammrechte war die Frucht derartigen Strebens. So bearbeitete Phillips das angelsächsische und mittelenglische Recht, und dem ersteren wandte wenig später auch Reinhold Schmid eine ersprießliche Thätigkeit zu; Michelsen wurde nicht nur für das dietmarsische und nordfriesische Recht thätig, sondern begann auch schon früh in einzelnen Abhandlungen dem altnordischen seine Aufmerksamkeit zu schenken; Homeyer übersetzte Kolderup-Rosenvinge's dänische Rechtsgeschichte, und der Halbdäne Paulsen schrieb über das Studium des nordischen und insbesondere dänischen Rechts, und dergl. m. Daneben wurde auch wohl bei der Bearbeitung einzelner Rechtslehren wenigstens insoweit den außerdeutschen germanischen Rechten Rücksicht getragen, als dieß ohne umfassende Studien auf deren Gebiet geschehen konnte. Eichhorn selbst hatte auf sie als auf eines der wichtigsten Hülfsmittel für die Erforschung des deutschen Rechtes hingewiesen (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. I., S. 145 — 6), Rogge in seiner vielbesprochenen Schrift über das Gerichtswesen der Germanen mittelst ihrer zu einem klareren Bilde der deutschen Urverfassung zu gelangen versucht. Eine die sämmtlichen germanischen Rechte umfassende und nach allen Seiten hin erschöpfende Arbeit

Digitized by Google

über irgend einen Rechtsstoff wagte aber zunächst noch niemand, und in der That war ein solcher Versuch, solange selbst für die Herausgabe der wichtigsten Quellen nicht oder doch nur sehr unzureichend gesorgt war, ein mißliches Unternehmen; Gans mit seinem „Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung" hat gezeigt, welche Gefahr dem droht der, ohne genügende Vorarbeiten benützen zu können, einen die alleinige eigene Kraft übersteigenden Umfang von Quellen zu bewältigen sich vornimmt. Doch rückte man auch in dieser Beziehung dem Ziele bereits zu Ende der zwanziger Jahre um einen guten Schritt näher, und zwar war es auch hier wieder dem Begründer der deutschen Sprachwissenschaft, J. Grimm, vorbehalten diesen Schritt zu thun. Schon vordem hatte dieser in einer Reihe zerstreuter Aufsätze auch mit den Rechtsgebräuchen des deutschen Volkes sich beschäftigt, wiederholt hatte er an einzelnen Beispielen nachgewiesen, wie sich das im engeren Sinne deutsche Recht gar häufig durch die Vergleichung der verwandten Rechte erläutern lasse; er hatte auch wohl durch eigene Aufsätze (z. B. über die Literatur der altnordischen Gesetze, in der Zeitschr. f. gesch. R. W. III.) die Kenntniß dieser fremden Rechte selbst zu fördern gesucht. Im Jahre 1828 aber stellte der Meister endlich den ganzen Schatz seines rechtsgeschichtlichen Wissens zu einem eigenen Werke zusammen und gab darin aus deutschen, friesischen, angelsächsischen und nordischen Quellen in bisher ungeahnter Fülle die trefflichsten Nachweise über die allerwärts gleiche und doch wieder so verschiedene germanische Rechtssitte. Eine eigentliche Rechtsgeschichte war freilich mit den „deutschen Rechtsalterthümern," wie dieß schon dieser ihr Name zeigt, nicht beabsichtigt, und ohne Rücksicht auf dessen Entwicklung in der Zeit ist in denselben Gleichartiges aus allen Orten zusammengetragen, auch jederzeit mehr der äußern Erscheinungsform als dem innern Kern der einzelnen Rechtsinstitute der Blick zugewandt; immerhin war indessen wenigstens einmal handgreiflich der Beweis geführt, welch reichen Gewinn die Vergleichung der germanischen Rechte, wenn im rechten Geiste gehandhabt, abzuwerfen vermöge, und in einer Reihe von Materien war überdieß bereits ein hinreichender Schatz von Nachweisen sowohl als von einzelnen Winken und Erläuterungen angehäuft, um dem künftigen Rechtshistoriker Ziel und Richtung seiner Forschung anzudeuten, seine Arbeit selbst aber zu erleichtern.

Digitized by Google

Von derartigen wissenschaftlichen Bestrebungen war die Zeit bewegt, in welcher Wilhelm Eduard Wilda seine Studien machte, in welcher er zuerst in gelehrten Arbeiten sich versuchte.

Am 17ten August 1800, als Sohn des Kaufmanns Seligmann zu Altona geboren, kam der Verstorbene nach dem frühen Tode des Vaters mit seiner Mutter nach Hamburg; von dem zweiten Manne dieser letzteren, dem er mit der kindlichsten Liebe zugethan war, nahm er später den Familiennamen Wilda an. Am Johanneum zu Hamburg erhielt Wilda eine gründliche gelehrte Schulbildung, studirte später in Heidelberg und Göttingen die Rechte (1821 — 5) und hielt sich dann einige Zeit in Kiel auf, wo zumal Falck und Dahlmann auf den strebsamen jungen Mann Einfluß gewannen. Nach beendigtem Studium kehrte dieser im Herbste 1826 nach Hamburg zurück, wo er sich zunächst der Advocatie widmete.

Schon in diesen frühen Jahren legte Wilda den Grund zu denjenigen Studien, welche ihm mit der Zeit eine so ehrenvolle Stelle unter den deutschen Rechtshistorikern sichern sollten. Bereits als Student in Heidelberg hatte er sich mit dem Studium der angelsächsischen Gesetze befaßt; in Kiel hatte er sodann auch den skandinavischen Rechten seine Aufmerksamkeit zugewandt und war sogar, um sich in ihnen besser auszubilden, auf einige Zeit nach Kopenhagen hinübergegangen, woselbst er bei dem trefflichen dänischen Rechtshistoriker Kolderup-Rosenvinge freundliche Aufnahme und Unterstützung fand. Bald ergab sich auch eine Gelegenheit, welche ihm verstattete von dem Gehalte und Umfange seiner Studien eine Probe abzulegen. Die kgl. dänische Gesellschaft der Wissenschaften in Kopenhagen machte die geschichtliche Erforschung des Gildenwesens zunächst in Dänemark, dann aber auch in andern Ländern, zumal in Schweden, Norwegen, Deutschland und England zum Gegenstand einer Preisaufgabe, und Falck forderte den jungen Advocaten auf als Bewerber aufzutreten. Wilda leistete der ehrenvollen Aufforderung Folge und erlebte wirklich die Freude seine, des Ausländers, Arbeit von der dänischen Akademie mit dem Preise gekrönt zu sehen. Unter dem Titel „Das Gildenwesen des Mittelalters" erschien dieselbe im Jahre 1831 zu Halle. — Im Gegensatze zu der in Kopenhagen gewonnenen Anerkennung fand freilich dieses Erstlingswerk Wilda's in dessen deutscher Hei-

Digitized by Google

math nur sehr getheilten Beifall. Gervinus namentlich griff dasselbe in einer ausführlichen Recension aufs schärfste an, und es läßt sich nicht läugnen daß der von ihm ausgesprochene Tadel in gar mancher Beziehung wohl begründet ist Der Vorwurf zwar daß der Gegenstand nicht weit genug gegriffen, daß insbesondere den italienischen Stadtrechten, den spanischen Fueros und den niederländischen Keuren nicht die gehörige Beachtung geschenkt sey, trifft mehr die Kopenhagener Akademie, welche ihre Aufgabe zu eng begränzt stellte, als den Bewerber, welcher die so gestellte zu bearbeiten unternahm; dagegen hat allerdings dieser letztere eine gewisse Unsicherheit in der Begränzung seines Materials zu verantworten, vermöge deren bald zu wenig bald zu viel in den Kreis der Untersuchung gezogen wurde, — eine sehr weit gehende Ungleichförmigkeit in der Behandlung desselben, vermöge deren auf die Entstehungsgeschichte des Gildenwesens, dann auf die sogenannten Schutzgilden unverhältnißmäßig viel Raum und Zeit verwendet wurde, während die so wichtigen Kaufmanns- und Handwerksgilden und deren Zusammenhang mit der Handels- und Gewerbsgeschichte, dann auch die Geschichte des Verfalls der Innungen und die Darstellung ihrer wenigen noch vorhandenen Ueberreste allzu kurz abgefertigt werden. Ungerecht scheint aber der auf Grund solcher Ausstellungen von Gervinus erhobene Vorwurf eines rein antiquarischen Dilettantismus. Nicht aus einer launenhaften Vorliebe des Verfassers für diese oder jene einzelne Seite seiner Aufgabe dürfte deren unvollständige und ungleichmäßige Bearbeitung zu erklären seyn, sondern einfach aus dessen Unvermögen, das überaus weitschichtige, den verschiedensten Quellenkreisen zu entnehmende Material vollständig zu bewältigen, ja auch nur die volle Ausdehnung und die richtige Gliederung seiner Aufgabe mit festem Blicke und klarem Auge zu überschauen. Dieses Unvermögen wird aber niemand dem Verfasser verargen wollen, der einerseits die ungeheure Ausdehnung der ihm gestellten Aufgabe und die unendliche Schwierigkeit bedenkt, welche die auch nur oberflächliche Orientirung in den verschiedenen hier einschlägigen Quellengebieten macht; andererseits aber auch die Jugend des Verfassers und die Kürze der Zeit in Rechnung bringt, die für die Bearbeitung einer Preisaufgabe zugemessen zu seyn pflegt.

Noch ehe die so eben besprochene Schrift im Drucke erschie-

Digitized by Google

nen war, hatte inzwischen Wilda eine wesentliche Veränderung in seinen äußeren Verhältnissen vorgenommen. Im Mai des Jahres 1830 hatte er sich verheirathet, und bald darauf war er nach Halle gezogen um die Advocatie mit der ihm besser zusagenden akademischen Laufbahn zu vertauschen. Nicht lange nach seiner Habilitation, nämlich bereits im August 1831, wurde er zum außerordentlichen Professor an der bezeichneten Hochschule ernannt. Gelegentlich seiner Habilitation hatte aber Wilda eine Abhandlung De libertate romana, qua urbes Germaniae ab imperatoribus sunt exornatae geschrieben, deren darum hier gedacht werden muß, weil auch in ihr des Verfassers Bekanntschaft mit den nordischen und angelsächsischen Quellen mit Erfolg zur Aufhellung dunkler Punkte in der einheimischen Rechtsgeschichte benützt wird, und weil somit auch diese Gelegenheitsschrift mit dem eigenthümlichen Gange der Studien Wilda's im Zusammenhang steht.

Mit seinen bisher besprochenen Arbeiten stand Wilda, so erhebliche Aufklärungen dieselben auch einzelnen Theilen der Rechtsgeschichte brachten, noch wesentlich auf dem oben geschilderten Boden seiner Zeit. Auch in ihnen findet man immer noch eine bloße Zusammenstellung von Material aus den verschiedensten Quellenkreisen, und es läßt sich zwar allenfalls der Vorzug einer ungewöhnlich ausgebreiteten Kenntniß der fremden Rechte dem Verfasser zuerkennen, von einem Fortschritte aber in Bezug auf den einzunehmenden wissenschaftlichen Standpunkt selbst kann zur Zeit noch nicht die Rede seyn. Unmittelbar nach der Betretung des akademischen Lehrstuhles begann aber für Wilda die Vorbereitung zu einem Werke, welches auch nach der letzteren Seite hin ihm den Vorrang vor allen seinen Zeitgenossen, seiner Wissenschaft aber eine neue Stufe ihrer Entwicklung sichern sollte. Bereits im Sommer 1834 unternahm er im Hinblick auf die beabsichtigte Arbeit eine Reise nach Dänemark und Schweden, um sich an Ort und Stelle jene erschöpfende Kenntniß der, freilich dürftigen, rechtswissenschaftlichen Literatur dieser Lande zu verschaffen, welche der schwache geistige Verkehr mit denselben ihm nicht zu gewähren vermochte; nach langjährigen mühevollen Anstrengungen erschien dann endlich im Jahre 1842 das Werk, welches das Hauptverdienst seines Lebens bilden sollte, das „Strafrecht der

Digitized by Google

Germanen", ein Werk, welches sowohl bezüglich seiner Methode, als auch durch die materiellen Ergebnisse der darin niedergelegten Forschungen im Bereiche der deutschen Rechtsgeschichte im vollsten Sinne des Wortes Epoche macht. Eines der wichtigsten Gebiete des älteren Rechts wurde durch diese vortreffliche Schrift zum erstenmale aufgehellt, und dadurch zugleich über das gesammte Rechtsleben der älteren Zeit ein neues Licht verbreitet. Von dem lebhaften Eindruck, welchen der die gesammte ältere Rechtsverfassung beherrschende individuelle Freiheitsgeist machte, hatte man sich hinreißen lassen die unbegränzte Willkür des Einzelnen geradezu zur Grundlage alles Rechtslebens zu machen; jetzt erinnerte Wilda daran, daß auf solche Basis ein Gemeinwesen nimmermehr gegründet werden könne, und daß im germanischen Staate insbesondere neben aller Selbstherrlichkeit des Einzelnen von jeher dessen Unterordnung unter die Gesammtheit bestanden habe. Man hatte von jener falschen Grundanschauung aus die Behauptung aufgestellt daß den Germanen der Begriff des Verbrechens in der älteren Zeit gefehlt habe, und daß insbesondere von einer Berücksichtigung des verbrecherischen Willens im Gegensatze zum Erfolge nicht, oder doch nur in sehr engem Umfange die Rede gewesen sey; jetzt brachte Wilda umgekehrt die Thatsache zur Anerkennung daß nicht nur zwischen Fahrlässigkeit und verbrecherischer Absicht wohl unterschieden, sondern selbst auf den Grad der sittlichen Verdorbenheit, welcher sich in der einzelnen That zu erkennen gab, Gewicht gelegt worden sey. Man hatte gemeint von Strafen sey im älteren Rechte nichts zu verspüren, vielmehr werde dieses lediglich von der Privatrache beherrscht; durch Wilda erfuhr man nunmehr daß nicht nur in gewissem Umfange von Anfang an öffentliche Strafen gegolten hatten, sondern daß auch die Rache selbst, in bestimmte Schranken gewiesen und nur in Fällen zulässig, in welchen auf gerichtliche Klage hin die Friedlosigkeit ausgesprochen werden mußte, nichts als eine anticipirte Execution dieser letzteren war, und eben darum durch ein nachträgliches Verfahren vor Gericht jederzeit gerechtfertigt werden konnte oder selbst mußte. Es stellte sich heraus daß das germanische Strafrecht, wenigstens dem bei weitem größeren Theile seines Umfanges nach, auf den Begriffen des Friedens, des Friedensbruches, der Friedlosigkeit beruhte; es wurde evident nachgewiesen wie von hier aus einerseits das Compositionensystem

Digitized by Google

durch die Gestattung des Wiedereinkaufens in den gebrochenen Frieden für die leichteren, andererseits ein System wahrhafter öffentlicher Strafen für die schwereren Verbrechen sich ausbildete, indem die öffentliche Rache allmählich die ältere Privatrache verdrängte, und wie dann schlüßlich dieses letztere System auch das System der Buß- und Wergeldszahlungen zu verdrängen sich anschickte. Und Wilda ließ es nicht etwa bei einer summarischen Aufstellung dieser obersten Grundsätze bewenden, sondern bis in das geringste Detail ihrer Anwendung wurden dieselben von ihm verfolgt und quellenmäßig nachgewiesen, so daß sein Werk ebensowohl eine Reihe von Monographien über die sämmtlichen einzelnen Verbrechen, als eine Geschichte des „allgemeinen Theiles" des Strafrechtes der älteren Zeit bietet. — Alle diese für unsere deutsche Rechtsgeschichte so fundamental wichtigen Ergebnisse verdankt aber Wilda der Methode, welche er bei seinen Forschungen zur Anwendung brachte. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den von J. Grimm festgestellten und inzwischen auch in seiner deutschen Mythologie (1835) durchgeführten Standpunkt geht derselbe davon aus, daß dem gesammten Volke der Germanen, als dessen einzelner Zweig das deutsche Volk erscheine, in seiner Urzeit „ein Glaube, eine Sprache, eine Sitte, ein Recht gemein" gewesen sey, und daß „wir bis zu dieser gemeinsamen Wurzel zurückgehen müssen, wollen wir deutsches Volksthum nach irgend einer Seite seiner Entwicklung hin erkennen." Er ist sich darüber klar „daß im Reich des Geistes wie der Natur ein unveränderliches Gesetz gilt: daß aus gleichem Keime gleiche Gebilde hervorwachsen und die umgebenden Verhältnisse, Boden, Klima, Nachbarschaft und was es sonst seyn mag, in einer gewissen Gleichheit darauf einwirken." Er beachtet dabei aber auch daß die Entwicklung der verschiedenen germanischen Stämme in sehr verschiedenen Zeiten vor sich gieng, und daß insbesondere der skandinavische Norden sich weit langsamer entfaltete als der deutsche Süden, „so daß vielleicht eine Rechtsinstitution, nach dem Bilde gezeichnet, welches sich aus den skandinavischen Quellen des 13ten Jahrhunderts entwerfen läßt, als ein Bruchstück der Rechtsverfassung erscheint, die etwa im 6ten Jahrhunderte und früher bei deutschen Stämmen stattgefunden hat." Er übersieht endlich auch nicht daß, wenn gleich die Fortentwicklung allgemein „nach denselben Gesetzen" geschah, doch

Digitized by Google

„hier wie dort eigenthümliche Verhältnisse darauf einwirkten, und nicht etwa nur die raschere Entfaltung bewirkten, sondern auch die Art und Weise der so hervortretenden Gebilde verschieden bestimmten." Von diesen Grundsätzen ausgehend, suchte nun Wilda das gesammte Strafrecht der sämmtlichen einzelnen germanischen Stämme zu einer erschöpfenden Darstellung zu bringen, indem er einerseits die Gruppirung dieser letzteren mit Rücksicht auf die größere oder geringere Nähe ihrer Verwandtschaft, andererseits aber die jedesmalige Stufe der rechtlichen Entwicklung jedes einzelnen Stammes jederzeit in gebührende Rechnung zieht; die auf solche Principien und die gründlichste Detailkenntniß gebaute Vergleichung der verschiedenen Stammrechte gestattete ihm, dem Rechte jedes einzelnen Stammes mit Sicherheit seine Stelle in der strafrechtlichen Entwicklungsgeschichte des Gesammtvolkes anzuweisen, Lücken in den Nachrichten über jedes einzelne Stammrecht durch die Benützung analoger Satzungen anderer mit ziemlicher Evidenz zu ergänzen, endlich jene Gesammtentwicklung selbst zu einem völlig genügenden Abschlusse zu bringen. Nach dieser Seite hin ist demnach Wilda's Strafrecht der erste Versuch einer für ein einzelnes wichtiges Rechtsgebiet mit klarem Bewußtseyn und vollem wissenschaftlichen Ernste durchgeführten vergleichenden germanischen Rechtsgeschichte; daß dieser erste Versuch sofort zu so glänzenden Resultaten führte, von welchen niemand läugnen kann daß sie nur auf jenem bisher so gut wie nicht betretenen Wege zu erreichen waren, gewährt sicherlich den kräftigsten Beweis für die entscheidende Bedeutsamkeit des durch Wilda neugewonnenen Standpunktes.

Man hört nicht selten Stimmen des Mißtrauens gegen Wilda's Werk sich erheben; man hört gegen die Richtigkeit und Endgültigkeit seiner Ergebnisse nicht selten bedenkliche Zweifel aussprechen. Wir sind nun unsererseits weit entfernt zu glauben, daß durch jene Schrift alle weiteren Forschungen auf dem Gebiete unseres ältern Strafrechts auf ewige Zeiten überflüssig gemacht, daß alle einzelnen in derselben niedergelegten Ansichten unumstößliche Wahrheiten seyen. Ist doch schon die Benützung der Quellen durch Wilda keineswegs eine vollständige, so sehr sich auch seine Arbeit in dieser Beziehung vor anderen rechtsgeschichtlichen Forschungen auszeichnet. Die angelsächsischen Gesetze zwar konnte

Digitized by Google

der Verfaſſer bereits in R. Schmid's (1832) und theilweiſe auch in Thorpe's Ausgabe (1840) benützen, die Frieſiſchen in des Freiherrn von Richthofen Ausgabe (1840), die Graugans in der Arnamagnäaniſchen (1829); allein weder Schlyter's treffliche Sammlung ſchwediſcher Geſetze, noch Kolderup-Roſenvinge's Ausgabe der däniſchen war noch vollſtändig (jene begonnen 1827, dieſe 1821; beide noch nicht abgeſchloſſen), die norwegiſchen Geſetze mußten, erſt in ſpäteren Jahren edirt (1846 — 49), noch größtentheils in der nichts weniger als preiswürdigen Ueberſetzung von H. Paus benützt werden, und die mehrfach intereſſante Jarnſida lag nicht einmal in Ueberſetzung vor, — der Umgeſtaltungen welche unſere deutſchen Leges durch die Pertz'ſchen Ausgaben theils erfahren, theils noch zu erwarten haben, nicht einmal zu gedenken. Auch das reichliche Material, welches die Urkundenſammlungen und die Hiſtoriker, welches insbeſondere die ſtattlichen Reihen der altnordiſchen Sagen bieten, hat Wilda keineswegs mit auch nur erſtrebter Vollſtändigkeit ausgenützt, und ſchon hiedurch ſeinen Nachfolgern ein reiches Feld zur Nachleſe hinterlaſſen. Klar iſt ferner, daß bei dem innigen Zuſammenhange des Strafrechtes mit allen übrigen Theilen der Rechtsverfaſſung jede eingehendere Arbeit über einzelne andere Gebiete dieſer letzteren auch unſere Erkenntniß jenes erſteren fördern, vertiefen, auch wohl theilweiſe modificiren muß. Endlich iſt auch zuzugeſtehen, daß in gar manchem Punkte Wilda geirrt haben oder nicht tief genug gegangen ſeyn mag, wie denn beiſpielsweiſe der Abſchnitt über das Wergeld uns keineswegs befriedigt; durch ſorgfältige Detailarbeit auf dem Gebiete der einzelnen Stammrechte wird auch nach dieſer Seite hin gar manches noch berichtigt und weiter ausgeführt werden können und müſſen. Das aber getrauen wir uns trotz aller dieſer Zugeſtändniſſe mit Beſtimmtheit zu behaupten, daß im Großen und Ganzen die von dem Verfaſſer nachgewieſenen Grundzüge unſeres älteſten Strafrechtes unanfechtbar ſich bewähren werden. Zweifel und Mißtrauen gegen dieſelben gehen in der That zumeiſt von Leuten aus, welchen die eigenen Studien nicht geſtatten, auf Wilda's rechtsvergleichenden Standpunkt ſich zu ſtellen. Solche Stimmen haben dann freilich in Fragen wie die vorliegenden gehört zu werden kein Recht. Was würde man wohl dazu ſagen, wenn ein Sprachforſcher, der ſich ausſchließlich mit dem Althochdeutſchen

Digitized by Google

oder gar Mittelhochdeutschen beschäftigt hätte, die Grundgesetze meistern wollte, auf welche J. Grimm's deutsche Grammatik gebaut ist, oder wenn ein Mythologe, der altnordischen Sprache und Literatur unkundig, dennoch über altgermanische Götterlehre mitsprechen wollte? Was aber für die vergleichende Sprachforschung, für die vergleichende Mythologie gilt, warum sollte es für die vergleichende Rechtsgeschichte weniger gültig seyn?

Wilda's „Strafrecht der Germanen" bezeichnet sich selbst zugleich als den ersten Band einer „Geschichte des deutschen Strafrechts." Die Fortsetzung des Werkes, dessen zweite Abtheilung die Geschichte unseres Strafrechts bis zur Carolina, dessen dritte dieselbe sodann von da bis zur Gegenwart herabführen sollte, ist nie erschienen, obwohl der Verfasser dessen Vollendung bis an sein eigenes Ende nicht aus den Augen gelassen hat. Selbst der „Abriß des germanischen Gerichtswesens, mit besonderer Rücksicht auf den Strafproceß", welchen Wilda dem ersten Bande seines Strafrechts als Anhang nachzusenden versprochen hatte, kam nicht zu Tage; die wenigen Seiten, auf welchen sich derselbe gelegentlich der Verhandlungen der Germanisten in Lübeck (1847) „über den Ursprung der Geschwornengerichte" ausgesprochen hat, lassen diesen Entgang doppelt schmerzlich bedauern. Wenn es aber dem Dahingeschiedenen nicht verstattet war sein Hauptwerk zum vollständigen Abschlusse zu bringen, so war er dafür um so thätiger in der Förderung seiner Wissenschaft durch eine Reihe der gehaltvollsten kleineren Abhandlungen, deren nicht wenige denselben Weg der vergleichenden germanischen Rechtsgeschichte verfolgen, welchen jenes umfassende Werk mit so vielem Glück beschritten hatte. Es kann nicht unsere Aufgabe seyn Wilda's frühere und spätere rührige Betheiligung an einer Reihe von Zeitschriften und Sammelwerken im einzelnen zu verfolgen, und nur beispielsweise mag seiner „Beiträge zur Kunde und Kritik deutscher Rechtsquellen, besonders aus nordischen Rechtsquellen im rheinischen Museum, seiner Aufsätze über die Autonomie und über die Landstände in Weiske's Rechtslexicon, seiner trefflichen Abhandlung über die Ordalien in Ersch und Grubers allgemeiner Encyklopädie der Wissenschaften und Künste gedacht werden; hervorzuheben ist aber der Antheil, welchen derselbe an der bereits im Jahre 1838 erfolgten Begründung der verdienstvollen Zeitschrift „für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft" nahm. Anfangs

Digitized by Google

von ihm und Reyscher, später von ihm, Reyscher und Beseler redigirt, enthält diese Zeitschrift bekanntlich eine Reihe der werthvollsten Abhandlungen aus dem gesammten Bereiche der deutschrechtlichen Wissenschaft, und Wilda selbst unterließ nicht das von ihm mitbegründete Unternehmen durch eigene Arbeiten kräftigst zu unterstützen. Wir erwähnen zunächst ihres Bezugs zur vergleichenden germanischen Rechtsgeschichte wegen dessen Abhandlungen über das Pfändungsrecht (Bd. I. 1839) und über die unächt geborenen Kinder (Bd. XV. 1855; vergl. unsere Besprechung dieser Abhandlung oben S. 147 und folg.); aber auch dessen Arbeiten über Spiel und Wette (Bd. II. 1839, und Bd. VIII. 1843), über Gewissensfreiheit (Bd. XI. 1847), über den Bentinck'schen Proceß (Bd. III und IV. 1846), endlich dessen Beitrag zur Lehre von den Familienfideicommissen (Bd. XII. 1848), dürfen nicht unberücksichtigt bleiben, wenn wir ein annähernd richtiges Bild von der vielseitigen und rastlosen Thätigkeit Wilda's erhalten wollen. Und alle jene Arbeiten sind die Schöpfungen eines Mannes, der selber zwar nicht ohne Selbstgefühl gelegentlich einmal von seinem „nicht ganz alltäglichen Fleiße" sprechen mochte, daneben aber mit der liebenswürdigsten Bescheidenheit sich zu denjenigen zählte „welchen nicht die höher schaffende Kraft des Geistes, die neue Bahnen der Wissenschaft öffnet, verliehen ist, sondern nur ein beschränktes Maß von Fähigkeiten und ein redlicher Wille"!

Ueber die äußeren Lebensverhältnisse Wilda's haben wir nur wenig nachzutragen. Kurz nach dem Erscheinen seines Strafrechts, noch im Jahre 1842, wurde derselbe als ordentlicher Professor nach Breslau berufen, im Herbste 1854 aber führte ihn ein Ruf an die Universität zu Kiel in seine schleswig-holsteinische Heimath zurück, welcher er seine Dienste in bedrängter Zeit nicht entziehen zu dürfen glaubte. Hier war es, wo ihn nach nur zweijährigem Wirken der Tod überraschte, — zu früh für die Wissenschaft, der er durch mündliche Rede wie durch seine Schriften treu, unermüdlich und erfolgreich diente wie wenige. Sein Andenken wird unvergessen bleiben, solange redliche Forschung und emsiges Streben nach fortschreitender Erkenntniß in allen und jeden Dingen, solange insbesondere auch warmes Gefühl für Recht und Geschichte deutscher Nation als das Kleinod deutscher Wissenschaft und deutscher Gesinnung gelten werden!

K. Maurer.

Digitized by Google

XVI.

Ueberſicht der Zeitſchriften.

1) *Revue historique de droit français et étranger publiée sous la direction de MM. Ed. Laboulaye, E. de Rosière, E. Dareste et C. Ginoulhiac.* Zweiter Jahrg. 1856.

(Vgl. Krit. Ueberſchau Bd. III. S. 462 ff.).

1. Hiſtoriſcher Ueberblick über die portugieſiſche Strafgeſetzgebung von L. M. Jordao, Advocat in Liſſabon. S. 1 ff.

Die neuen, wie es ſcheint, verunglückten Verſuche der portugieſiſchen Geſetzgebung haben die wiſſenſchaftlichen Unterſuchungen des Verfaſſers über die Geſchichte des Strafrechts in Portugal angeregt. Er theilt in der franzöſiſchen Zeitſchrift einen kurzen Abriß derſelben mit. Von dem Strafrecht in Portugal vor der Zeit der Römer weiß man wenig. Die Privatrache durch die Beleidigten war die alte barbariſche Form in der ſich das verletzte Rechtsgefühl wider den Verbrecher kund gab. Nach der Eroberung Luſitaniens durch die Römer (206 v. Ch.) wurde auch da das civiliſirtere römiſche Strafrecht eingeführt, welches ungefähr 600 Jahre fortbeſtand. Dann kamen die Weſtgothen, und die Weſtgothiſche Geſetzgebung verdrängte die römiſche. Sie beruht auf einer Miſchung romaniſcher und germaniſcher Ideen. Das Princip der öffentlichen Strafe und auch die Härte der Strafmittel war den Römern entlehnt, das der Sühne und Buße den germaniſchen Gebräuchen. Die Privatrache gieng aber noch immer nebenher und wurde in dem ſpätern Mittelalter wieder häufiger. Theils mochten die Kämpfe mit den Arabern, theils die Schwächung der Staatsgewalt dazu beigetragen haben. Die Geſetzge-

Digitized by Google

bung Alphons IV. und Alphons V. im XIV. und XV. Jahrh. geſtatten ſie ausdrücklich dem Adel und der Ehrbarkeit (homens bons). Die Geſetzgebung Alphons V. von 1446 ließ ſich im Strafrecht vorzüglich durch das römiſche und das canoniſche Recht beſtimmen, und folgte ganz der grauſamen Richtung jener Zeit. Die ſtändiſchen Unterſchiede traten noch bedeutend hervor. Im Weſentlichen erhielt ſich dieſer Charakter des „peinlichen“ Rechts bis gegen Ende des XVIII. Jahrh. Endlich brachte die humaner gewordene Wiſſenſchaft einen Umſchwung hervor, und die Praxis wurde milder, obwohl die Reformverſuche der Geſetzgebung noch ohne Erfolg waren. Dieſelben wurden ſeit 1821 öfters wiederholt und ſogar 1823 ein Preis von 60,000 Fkn. für einen annehmbaren Entwurf ausgeſchrieben. Erſt im Jahre 1852 (promulgirt 10 Dec.) kam ein neues Strafgeſetz zu Stande, das indeſſen ohne innere Einheit und dem Fortſchritte der Wiſſenſchaft nicht entſpricht. Das neue Geſetz iſt aus den Geſetzgebungen von Frankreich, Spanien, Oeſterreich, Neapel und Braſilien geſchöpft, aber ohne rechte Einſicht, bald von hier bald von dort ſeine Beſtimmungen entlehnend. Die neueren deutſchen Geſetzesarbeiten ſind nicht benutzt; und an Syſtem und Klarheit der Grundſätze fehlt es durchgängig. Daher iſt jetzt ſchon eine neue Reviſion eingeleitet, von der ſich der Verfaſſer beſſeres verſpricht.

2. Fr. Sclopis: Montesquieu und Machiavel. S. 15.

Der ausgezeichnete Turiner Gelehrte ſtellt erſt die widerſprechenden Meinungen von Macaulay und Venedey über das Verhältniß der beiden berühmten Schriftſteller gegenüber, und läßt dann einige intereſſante hiſtoriſche Mittheilungen und ſeine eigenen Bemerkungen folgen. Ein neapolitaniſcher Gelehrter, Profeſſor Mancini in Turin, hatte es als ein Verdienſt Macchiavels geprieſen, daß er die Politik von der Theologie, der Moral und dem Recht vollſtändig getrennt und ſo in ihrer Reinheit erkannt habe. Dieſer Meinung tritt Sclopis entgegen, und macht darauf aufmerkſam, daß eben dieſe Lostrennung der Politik von allen ſittlichen Momenten ihr Verderben ſey. Auch wir ſind überzeugt daß das Recht als die nothwendige Grundlage der wahren Politik zu betrachten ſey, und daß ſowohl das Recht als die Politik im Widerſpruch mit der Moral keinen Beſtand und keine Wahrheit habe. Aber darin erkennen wir doch einen großen Fort-

Digitized by Google

ſchritt an, den wir Machiavel zu verdanken haben, daß er die ſtaatliche Politik von der kirchlichen Theologie in der Wiſſenſchaft emancipirt hat, wie ſie nach ihm in der Praxis faſt allenthalben davon emancipirt worden iſt. Man kann den Machiavelſchen Schriften vorwerfen, daß ſie zu ſehr auf den äußern Erfolg ſehen und ſich nichts um die Moralität der Mittel, ſondern nur um ihre Zweckdienlichkeit kümmern, aber man darf ihnen nicht vorwerfen, daß ſie unkirchlich ſind. So edel und weiſe wie Dante dachte er nicht, wenn auch klüger als Dante. Die angeführte Stelle von Dante (De monarchia 1) über die Aufgabe der Civiliſation des Menſchengeſchlechts (civilitas humani generis) iſt größer und wahrer als was Machiavel irgend geſchrieben. „Entwickelung aller Kräfte die der Menſchengeiſt zu leiten vermag, in Erkenntniß und That, unter dem Schutze des Weltfriedens" — das iſt das große Werk und Ziel der menſchlichen Geſchichte nach Dante. Machiavel ſah mehr auf ſeine Zeit, welche durch Ludwig XI. und Cäſar Borgia ſignirt iſt, und ließ ſich durch die Schriften von Tacitus anregen, der, wie er, in einer Zeit des Verfalls früherer Herrlichkeit lebte, und im bittern Gefühl derſelben ſchrieb. Er war wiſſenſchaftlicher und praktiſcher Staatsmann zugleich, und ſeine Schriften waren politiſche Thaten. Montesquieu dagegen, der ſeinem Vorbilde folgte, ohne dasſelbe zu nennen, war ein ſtiller geiſtreicher Gelehrter, deſſen Schriften zunächſt nur eine literariſche Bedeutung hatten. Machiavel kennt die geheimen Motive des menſchlichen Herzens und beobachtet mit dem kalten Scharfblick der praktiſchen Pſychologie. Montesquieu dagegen ſucht überall das Gleichgewicht auch zwiſchen Menſchen und Inſtitutionen, Sitten und Geſetzen. Er ſieht ſo mehr in die Ferne, wie ſein Vorgänger ſchärfer in die Nähe. Der Verfaſſer weiſt auf eine intereſſante Stelle hin, in welcher im Jahre 1734 Montesquieu ſich über die Türkei in einer Weiſe ausſpricht, welche in unſeren Tagen erſt recht verſtanden wird: „Das Reich der Türken iſt gegenwärtig in demſelben Zuſtand der Schwäche, wie vormals das byzantiniſche Reich, aber es wird noch lange beſtehen; denn wenn irgend ein Fürſt es in Gefahr brächte und zu erobern verſuchte, ſo würden die drei Handelsmächte Europa's ihre eigenen Intereſſen zu gut kennen, um nicht ſofort zur Vertheidigung jenes Reiches herbeizueilen".

Digitized by Google

3. Ch. Duverdy über die letztwillige Verfügungsfreiheit des Vaters nach dem ältern franzöſiſchen Recht. S. 33 ff. Die Gegenſätze des römiſchen und des germaniſchen Rechts zeigen ſich auch in der franzöſiſchen Rechtsgeſchichte.

4. R. Dareſte, Studien über die Entſtehung der Verwaltungsſtreitigkeiten in Frankreich.

Es wird die Geſchichte der verſchiedenen Rechnungskammern (chambres des comptes) mit Bezug auf Domanial- und Finanzſachen, der Münzhöfe (cours des monnaies), der Schatzkammer und der Finanzbureaux, die Gerichtsbarkeit über die Gewäſſer und Wälder, der Admiralität, der Connétablie, des Stadthauſes von Paris, des Polizeilieutenants von Paris, der Steuerhöfe (cours des aides), der Salzverwaltung, der Hafenmeiſter (maitres des ports et juges de traites) dargeſtellt. Alle dieſe Behörden übten eine beſchränkte Gerichtsbarkeit in Ausnahmsfällen aus, welche den ordentlichen Gerichten entzogen waren.

5. R. de Fresquet, über die römiſche Manus. S. 135 ff.

6. Alb. du Boys, über das Recht der Rache in den Urzuſtänden der Geſellſchaft. S. 165 ff.

Wir vermiſſen in dieſer Abhandlung die nöthige Unterſcheidung der Zeiten und der Völker. Der Koran, die Bibel, die Perſer, die Skandinavier und dann wieder auſtraliſche uud amerikaniſche Wilde ſind in dem Aufſatz wie die mancherlei Speiſen in einer ſpaniſchen Suppe zuſammen geworfen, ohne daß jener dadurch ſo ſchmackhaft wird wie dieſe. Ebenſo iſt es mit den Begriffen.

7. H. Aubépin Portalis, als Advocat bei dem Parlament der Provence. S. 180 ff.

Jean Etienne Marie Portalis war am 1 April 1746 zu Bauſſet bei Toulon geboren, ein Altersgenoſſe Mirabeau's. Auf der Hochſchule zu Aix wurde er in die Rechtswiſſenſchaft eingeführt und ſchon 1765 debutirte er bei dem dortigen Parlament. Es war das die Zeit, als die philoſophiſche Richtung auch in die Gerichte einzubringen verſuchte und mit der alten Praxis zu ringen begann. Portalis nahm daran lebhaften Antheil. Im Jahre 1767 trat er in der Schrift „über den Unterſchied der beiden Gewalten" für die gallicaniſchen Freiheiten wider die eifrig-klericale Partei auf, und vertheidigte da ſchon Grundſätze, die damals

Digitized by Google

von einzelnen Bischöfen zwar verdammt, aber 30 Jahre später in dem Concordate Napoleons mit Pius VII. bestätigt wurden. Ebenso verfocht er die Gültigkeit der Ehen von Protestanten wider die Angriffe der Ultras, welche die Protestanten als rechtlos verfolgten. Diese Schrift hatte einen ungeheuren Erfolg. Die Sache des Rechts und der Humanität errang den Sieg. Als Advocat des Parlaments der Provence — nur von 1778 — 1780 hatte er eine Magistratur als „Assessor" angenommen, kehrte aber wieder in die Advocatur zurück — erwarb er sich großes Ansehen. Wie er zuvor die Selbständigkeit und Hoheit des Staates der Kirche gegenüber vertheidigt hatte, so verfocht er die Rechte desselben wider die Anmaßung des Malteserordens, die Freiheiten der Stände und der Parlamente gegen den Despotismus des Hofes. Er suchte das Königthum zu retten, indem er die Reform auf der Grundlage des herkömmlichen Rechts empfahl. Als die Revolution ausbrach, die er vorhergesehen und gefürchtet hatte, zog er sich zurück, und trat nur in einzelnen Momenten hervor, wenn es galt einen Unglücklichen zu retten. Damals war die Zeit für Mirabeau gekommen mit dem Portalis als Advocat seiner Frau schon in dem berühmten Scheidungsproceß gerungen hatte. Portalis vertraute aber dem Geist der Nation, daß er sich nach den Fieberkrisen wieder zurecht finden und die humanen Wege der Civilisation neuerdings einschlagen werde. Er sparte sich so auf die Zeit auf, in der er mit größerem Erfolge in hoher Stellung für die Ideen wirken konnte, welche seine Seele bewegten.

8. Villequez, die Abwesenheit nach römischem und ältern französischen Recht. S. 209 ff.

Das römische Recht hat über die Rechtsverhältnisse der Verschollenen keine ausgebildete Doctrin. Dagegen finden wir in dem ältern französischen Recht die hieher gehörigen Fragen in ähnlicher Weise beantwortet wie in den deutschen Statuten. Die napoleonische Gesetzgebung ruht auf dieser Basis. Ihr Verdienst besteht hauptsächlich darin daß sie die mancherlei Modificationen der verschiedenen Gewohnheitsrechte durch ein gemeinsames System ersetzt und dieses mit klarem Bewußtseyn ordnet.

9. Lefévre — Portalis, die englische Gerichtsgewalt. S. 237.

Eine sehr klare Darstellung der englischen Gerichtsorganisation.

Digitized by Google

Der erſte Artikel beſpricht die großen Gerichtshöfe in London, die höchſten Organe der engliſchen Rechtswiſſenſchaft und Rechtspflege. Auf unſere an logiſche Klarheit der Principien und ſyſtematiſche Anordnung gewöhnte Denkweiſe macht auch dieſe Seite der engliſchen Staatsverfaſſung einen ſonderbaren Eindruck. Wir finden uns nur mit Mühe in dieſem mittelalterlichen Bau zurecht. Und doch flößt uns die Feſtigkeit und die geheimnißvolle Würde desſelben Reſpect ein vor dem Charakter der Nation die ihn begründet und in die moderne Zeit hinein erhalten hat. Die drei Gerichtshöfe der *common pleas*, der Exchequerhof (ſo genannt von dem ſchachbrettartigen Teppiche in dem Gerichtsſaal) und die kgl. Bank ſind hinwieder zu einer gemeinſamen Kammer unter dem Präſidium des Lordkanzlers verbunden, und werden durch Geſchworne in der Rechtspflege unterſtützt. Der Kanzleigerichtshof als Billigkeitsgericht dagegen erkennt ohne Geſchworne. In dem engliſchen Obergericht ſitzen nur Rechtsgelehrte von höchſtem Anſehen, welche regelmäßig aus den bewährteſten Advocaten gewählt werden. Sie werden in keiner Weiſe als bureaukratiſche Beamte behandelt, ſondern nehmen der Würde und dem ariſtokratiſchen Charakter des Landes gemäß jeder in Perſon eine hohe glänzende Stellung ein, vor den Augen der ganzen Nation. Ihr entſprechend ſind ſie auch ſo reich ausgeſtattet daß ſie weder der Beförderung von oben noch der Beſtechung von unten ausgeſetzt ſind. Ihre Beſoldung von 5000 — 8000 Pf. St. (d. h. etwa 60,000 — 93,000 fl.) gibt ihnen die Mittel ihrem Rang gemäß zu leben.

10. M. H. de Luçay, über die Provincialverſammlungen unter Ludwig XVI. S. 252 ff. und S. 586 ff.

Sowohl die alten Generalſtände des Reichs, als die Provinzialſtände der einzelnen Gebiete hatten ſeit dem Anfang des XVII. Jahrhunderts der abſoluten Gewalt der Könige, denen ſie unbequem ſchienen, weichen müſſen. Als dieſe Gewalt ſich ſelbſt bedroht fühlte und ihre Unfähigkeit den neuen ſchwieriger gewordenen Bedürfniſſen zu genügen zu Tage trat, unmittelbar vor dem Ausbruch der Revolution, wurde ein Verſuch gemacht, die Inſtitution der Provinzialverſammlung zu erneuern. Da der abſolute Monarch ſeine maßloſe Gewalt doch nicht in Perſon ausüben kann, ſo waren auch die franzöſiſchen Könige genöthigt, dieſelbe ihren Intendanten für die einzelnen Provinzen zu

Digitized by Google

überlaſſen, und da zeigten ſich dann die Gefahren und Unzulänglichkeiten dieſes Deſpotismus der „kleinen Herren" nur um ſo bedenklicher und unerträglicher. Die vielfachen Mißbräuche reizten zu heftigen Klagen und allgemein wurde das Verlangen laut nach einer Repräſentation der Bevölkerung in den Provinzen, welche die Intendanten controlire und Gelegenheit erhalte, dem Könige die Mängel der Verwaltung und die Beſchwerden des Volkes vorzutragen. — Der Verfaſſer ſtellt dieſe Reformbeſtrebung im einzelnen dar.

11. J. de Petigny, über den Urſprung und die verſchiedenen Redactionen der *lex Bajuvariorum*. S. 305 ff. und 461 ff.

Die hoffentlich nahe Erſcheinung der Merkelſchen Bearbeitung des bayeriſchen Volksgeſetzes in den Monumenten von Pertz wird uns die Veranlaſſung geben, auf dieſe Abhandlung im Zuſammenhang mit andern Arbeiten darüber näher einzugehen.

12. A. Bardour, altes Gewohnheitsrecht von Poitou. S. 346 ff.

Bericht über ein merkwürdiges Weisthum von 1417, welches in manchen Beziehungen ſich von der officiellen Redaction von 1514 unterſcheidet.

13. A. Bardour, die Legiſten des XVI. Jahrhunderts S. 375.

Das XVI. Jahrh. war bekanntermaßen die glänzendſte Periode der franzöſiſchen Rechtswiſſenſchaft. Es war die Periode von Cujas und Dumoulin, L'Hopital, Pasquier, Bodin, de Thou, Pierre Pithon, Briſſon, Loiſeau u. d. f. Damals erhob ſich der Stand der Juriſten oder, wie ſie genannt wurden, der Legiſten zu einem neuen wiſſenſchaftlichen Adel, welcher dem mittelalterlichen Geſchlechts- und Lehensadel an die Seite und entgegen trat. Der alte Adel ignorirte und verachtete wohl die neuen „Seigneurs des römiſchen Rechts", aber dieſe vergalten ihm mit der Aneignung ſeiner Gerichtsrechte. „Wie völlig albern", ſchrieb damals Tavannes, „iſt doch die Meinung, daß die Präſidenten und Räthe der Gerichte keine Edelleute (gentils hommes) ſeyen. Mehrere unter ihnen ſind es auch von Geburt, und es iſt doch wohl eine adeliche Eigenſchaft, die Gerechtigkeit zu verwalten". Wie das XVIII. Jahrhundert das Zeitalter der Philoſophie, ſo war das XVI. das Zeitalter der Rechtswiſſenſchaft.

Digitized by Google

Es ist nicht richtig daß alle bedeutenden Juristen zugleich Protestanten gewesen seyen. Viele waren es offen oder heimlich. Aber fast alle waren gallicanisch gesinnt. Sie waren wachsam für die Rechte des Staates und geneigt dieselben im Gegensatz zu den kirchlichen Doctrinen eher auszudehnen als zu beschränken. Die Einheit und Hoheit des Staates war die Idee der sie sich hingaben, und eben das Studium des römischen Rechts bestärkte sie in dieser Richtung.

Aus demselben Grunde waren sie auch der Ausdehnung der königlichen Gewalt günstig. In ihr haben sie die Einheit und Macht von Frankreich verkörpert. Gerade den politischen Lehren des Corpus juris ergaben sie sich mit Eifer, und deßhalb fanden sie auch an dem königlichen Hofe große Gunst. Mit Ungestüm griffen sie die Lehensherrschaft des Adels an, und selbst die alten städtischen Rechte und Freiheiten fanden wenig Gnade vor ihren Augen. Sie waren ihnen als Hindernisse der Einheit im Wege. Durchgreifend und absolut sollte die königliche Gerichtsbarkeit die neue Ordnung beherrschen, alle Provinzial-, Standes- und Ortsprivilegien vor ihr sich beugen. An der Erhebung des französischen Absolutismus haben die Juristen einen großen Antheil. Als aber die absolute Gewalt aufgerichtet war, wurden dann auch die Juristen unbequem und ihre Mahnung an das Recht häufig ungern gehört. Das Scepter entsank ihrer Hand, und die Philosophen des XVIII. Jahrhunderts griffen es auf und halfen das absolute Königthum wieder stürzen.

In dem Bilde eines angesehenen, wenn auch nicht zu den ersten zu rechnenden Legisten jener Zeit, des Advocaten Bakmaison aus Auvergne schildert der Verfasser die Lebens- und Denkweise der damaligen Juristen. Die größten gehen ihren eigenen Weg, die mittleren bezeichnen den Charakter des ganzen Standes. Es waren furchtbare Zeiten, in welchen damals die für die Wissenschaft begeisterten und zu einem ausgebildeten Rechtsbewußtseyn gereiften Männer zu leben und zu handeln berufen waren. Die heftigsten kirchlichen und politischen Parteiungen erschütterten die gesammte öffentliche Ordnung, und gefährdeten auch das Privatleben aufs äußerste. Man erinnere sich des Protestantenmordes in der Bartholomäusnacht, der — oft blutigen — Kämpfe der Guisen mit den Königen und den Reformirten, der Stände wider einander, der bewaffneten Banden, der Thronprätendenten u. s. f. Frankreich hat

Digitized by Google

auch ſeine Bürgerkriege gehabt. Aber es iſt einiger aus denſelben hervorgegangen, als Deutſchland aus dem traurigen dreißigjährigen Bürgerkriege, der ſeine Einheit und Macht gebrochen hat. Die Ideen, welche die Juriſten fort und fort ausſprachen, haben viel zu der Befriedigung von Frankreich beigetragen. Sie hatten Heinrich IV. ſehr vorgearbeitet. Immer vertraten ſie die Intereſſen der Menſchlichkeit wider die brutale Leidenſchaft, der Wiſſenſchaft wider den Fanatismus, des weltlichen Rechts wider die geiſtliche Herrſchaft, der bürgerlichen Entwickelung wider das Lehensweſen des Mittelalters. So völlig romaniſtiſch waren ſie doch nicht wie die deutſchen Legiſten derſelben Periode. Auch das nationale franzöſiſche Recht zog ihre Aufmerkſamkeit an; ſie redigirten die Coutumes und brachten auch eine franzöſiſche Jurisprudenz hervor, welche die römiſche ergänzte und fortführte.

14. Ch. Revillout. Ueber den römiſchen Colonat. S. 417 ff. Der erſte Artikel ſucht die älteren Vorbereitungen des römiſchen Colonats nachzuweiſen. Er knüpft an die verſchiedenen Bedeutungen des Wortes colonus an, welche zugleich verſchiedene geſchichtliche Stufen der Agrarverfaſſung bezeichnen. In den erſten Jahrhunderten wurden die römiſchen Bürger ſelbſt inſofern ſie Aecker hatten, die ſie bebauten, coloni genannt. Die freien kleinen Grundeigenthümer waren coloni. Der Colone baute ſeine Felder an mit Hülfe ſeines Sklaven, des villicus. Später wurden auch die Bürger Coloni genannt, welche in den fern von Rom gegründeten römiſchen Colonien Aecker zum Eigenthum und zum Anbau erhielten. Aber auch die Inhaber von Grundſtücken, die zu den vorbehaltenen Domänen des römiſchen Volkes gehörten und nur Beſitz erhielten, wurden Coloni genannt. Dieſe letztern Colonen haben kein feſtes dingliches Recht mehr an dem Boden, aber ſie genießen einſtweilen die Früchte, wogegen ſie zur Abgabe verpflichtet ſind. Sie waren possessores, nicht domini. Dieſe possessiones waren aber oft ſo ausgedehnt daß die Beſitzer ſie nicht ſelbſt bebauen konnten, ſondern hinwieder einzelne Pachtgüter an ihre Clienten oder andere überließen oder durch ihre Sklaven bearbeiten ließen. Je mehr ſich die römiſche Herrſchaft ausdehnte, um ſo mannichfaltiger wurden auch dieſe Verhältniſſe. Auf dieſen Domänen des römiſchen Staates lebten eine Menge von Colonen, zwar häufig frei von Geburt, aber ohne Eigen und abhängig zum Theil

Digitized by Google

von den Cenſoren und Generalpächtern, zum Theil von der Gnade des Staats. In der ſpätern Zeit der römiſchen Republik gerieth aber der größte Theil auch des zu Eigenthum vertheilten Bodens in die Hände der Reichen. Die Herrſchaftsgüter, latifundia, verſchlangen die kleinen Bauerngüter. Das Land verfiel der Ariſtokratie. Dadurch wurde die ganze Wirthſchaft geändert. Die bäuerliche Wirthſchaft wurde durch die grundherrliche verdrängt. Die Herren lebten und ſchwelgten bald in Rom und bald auf ihren mit allem Luxus ausgeſtatteten Landhäuſern. Um die Wirthſchaft kümmerten ſie ſich ſelbſt nichts mehr. Sie überließen das ihren Verwaltern, den villici, die meiſtens ihre Sklaven waren. Es iſt aber nicht richtig, wenn man meint dieſe großen Herrengüter ſeyen lediglich von Sklaven bearbeitet worden. Allerdings wurde ein Theil des herrſchaftlichen Bodens, ähnlich wie in den ſüdamerikaniſchen Pflanzungen, von Sklaven bebaut, unter den Befehlen und der Aufſicht der Verwalter. Die Sklaven lebten zuſammen in der villa und arbeiteten gemeinſam. Sie hatten nicht wie die deutſchen Eigenen ihre beſonderen Gehäge und Aecker. Aber auch die freie Landbevölkerung war großen Theils genöthigt, um leben zu können, in die Dienſte der reichen Grundherren zu treten, die freie Arbeit fieng an der Sklavenarbeit Concurrenz zu machen. Die zahlreichen Freilaſſungen vermehrten die Maſſe der freien Landleute, der lange Friede innerhalb des Reiches verhinderte die Zuflüſſe neuer Sklaven. Allmählich bekam in den Latifundien die freie Bevölkerung das Uebergewicht über die Sklavenbevölkerung. Und ſelbſt kleinere Grundeigenthümer fanden es ſpäter zuträglicher, ihre Güter in Pacht an freie Landbauer zu überlaſſen, als ſie ſelbſt oder durch Sklaven zu bearbeiten.

Die Vertragsverhältniſſe der freien Landarbeiter waren ſehr verſchieden. Ein Theil derſelben verrichtete bloße Lohnarbeit auf Rechnung der Grundherren oder ihrer Pächter, ſey es daß ſie bloß um die Koſt arbeiteten, ſey es daß ſie überdem mit Geld oder Früchten bezahlt wurden. Die Lohnarbeiter ſtellten ſich zur Verfügung der Verwalter auf den Herrengütern und lebten inzwiſchen mit den Sklaven auf der Villa des Herrn. Aber ein anderer Theil trat in ein ſelbſtändiges Pachtverhältniß ein. Dieſe hießen nun coloni. Die einen übernahmen den Bau einzelner Güter um einen beſtimmten Pachtzins, die andern gegen eine

Digitized by Google

Quote des Jahresertrags. Die letztern waren die coloni partiarii.

Noch zur Zeit der claſſiſchen Juriſten waren die meiſten Colonen Zinspächter, nicht Theilpächter, obwohl auch die Theilpacht bekannt war und von gebildeten Landwirthen empfohlen ward. Es gab ſogar Fälle, freilich im Widerſpruch mit der Rechtstheorie, in denen der Herr auch ſeinen Sklaven Grundſtücke auf Zeitpacht überließ. Die Pachtverträge mit den Colonen wurden nach alter Sitte meiſtens auf ein lustrum (5 Jahre) abgeſchloſſen; aber ein öfterer Wechſel der Pächter ward thatſächlich durch vielerlei Gründe verhindert. Insbeſondere war das Intereſſe der großen Grundherren für dauernde Pacht. Beiderſeits fand man es vortheilhafter dieſelbe ſo lange als möglich in denſelben Familien zu erhalten. »Assiduos colonos retineamus« war eine wirthſchaftliche Maxime geworden. Die Städte und dann auch die kaiſerliche Kammer wendeten ſich demſelben Princip zu. Wenn auch der juriſtiſchen Form nach die Zeitpacht noch die Erbpacht überwog, thatſächlich blieben doch auch die Familien der Zeitpächter von Generation zu Generation in dem Pachtgut. Die Freiheit zu künden war auf beiden Seiten gewahrt, aber die Neigung zu künden meiſt gering.

15. d'Espinay, über den Einfluß des canoniſchen Rechts auf den Civil- und den Strafproceß. S. 503.

Die Akademie von Toulouſe hatte dieſes Thema zu einer Preisaufgabe gemacht. Den Preis erhielt am 17 Julius 1855 der Verfaſſer obiger Abhandlung, die im Auszuge mitgetheilt wird.

16. C. Ginoulhiac, römiſche Rechtsquellen in Gallien unter der Herrſchaft der Germanen. S. 529.

Wir ſagen „Herrſchaft der Germanen"; im Text heißt es „Herrſchaft der Barbaren." Jener Ausdruck iſt aber ſowohl genauer als richtiger. Es wäre überhaupt an der Zeit, daß die rohe Bezeichnung der zwar noch uncivilisirten, aber die gleichzeitigen Romanen nicht bloß an Muth und Kriegstüchtigkeit ſondern auch an männlichem Charakter und ſittlichen Ideen übertreffenden germaniſchen Volksſtämme als „Barbaren" aufgegeben würde. Die Germanen hätten die Romanen weder beſiegen noch beherr-

Digitized by Google

ſchen können, wären ſie in Wahrheit Barbaren geweſen. Die franzöſiſche Literatur hat jene falſche Bezeichnung noch beibehalten, und wird durch dieſelbe nicht ſelten in der Beurtheilung germaniſcher Urzuſtände irre geführt. Sie iſt um deßwillen ſchon zu geneigt, auch da Barbarei zu vermuthen wo in Wahrheit keine zu finden iſt. Man darf nicht vergeſſen daß die germaniſchen Völker, noch bevor ſie von der römiſchen Civiliſation erzogen wurden, zu der ariſchen (indo-romaniſch-germaniſchen) Völkerfamilie gehörten, der edelſten der Erde, und daß ſie in dieſer Völkerfamilie einen ſo hohen Rang einnahmen, um den Kampf mit den Römern wagen zu dürfen und deren Erben zu werden.

Die vorliegende Abhandlung bezieht ſich zunächſt auf das unter dem Namen Papian bekannte Rechtsbuch der Romanen in Burgund; die Arbeiten von Savigny und Hänel werden fleißig benutzt und die Quellen ſelbſt näher verglichen.

17. E. Jay, die Ehe nach ruſſiſchem Recht. S. 626 ff.

Das ruſſiſche Eherecht wird zwar durch kaiſerliche Geſetze geordnet, nicht durch das canoniſche Syſtem der Kirche, aber jene Geſetze des Kaiſers, der zugleich Haupt der ruſſiſch-griechiſchen Kirche iſt, ſind weſentlich noch von religiös-kirchlichen und mehr als von bürgerlich-weltlichen Grundſätzen durchdrungen.

Die Form der Eingehung der Ehe iſt nothwendig die religiöſe, eine Civilform kennt das ruſſiſche Recht nicht. Aber da es den verſchiedenen Religionen ihre Gebräuche verſtattet, ſo ſind auch die Nichtorthodoxen und Nichtchriſten nicht gehindert eine Ehe unter ſich nach ihrer religiöſen Sitte einzugehen. Sogenannten gemiſchten Ehen gegenüber macht aber die orthodoxe griechiſche Kirche ihre ſtaatliche Ueberlegenheit in drückender Weiſe geltend. Ein orthodoxer Ruſſe kann nur in der Form der orthodoxen Kirche oder gar nicht heirathen, und der nichtorthodoxe Chriſt (Katholik oder Proteſtant) muß zuvor 3 Bedingungen zugeſtehen 1) daß er ſeinen orthodoxen Ehegatten nicht ſeines Glaubens wegen beleidige, 2) daß er ihn nicht von ſeinem Glauben abführe, 3) daß er alle Kinder aus dieſer Ehe in der ruſſiſch-griechiſchen Kirche erziehen werde. Die erſte Bedingung iſt unbedenklich, die zweite gefährlich und die dritte deſpotiſch. Die Leibeigenen dürfen von dem Herrn nicht zur Ehe gezwungen werden, aber doch nicht ohne

Digitized by Google

dessen Zustimmung heirathen. Und selbst wenn die Ehe abgeschlossen ist, hat der Leibherr noch immer Mittel die Ehegatten thatsächlich von einander zu trennen. Die Scheidung einer orthodoxen Ehe gehört in die Competenz der Synode. Unter den Ehegatten besteht weder Güterverbindung noch Gütergemeinschaft. Jeder Theil ist vollkommen selbständig dem andern gegenüber und Herr seines Sonderguts.

B.

---

2) Die juristischen Zeitschriften in Bayern.

Die kritische Ueberschau betrachtet es als zu ihrer Aufgabe gehörig, ihren Lesern auch von den juristischen Zeitschriften, insbesondere soweit sie das in Deutschland geltende Recht zum Gegenstand haben, eine übersichtliche Rechenschaft zu geben, um so ein vollständiges und klares Bild des auf dem Rechtsgebiete waltenden Lebens der Gegenwart zu liefern*). Will sie diesen Zweck erreichen, so darf sie sich nicht darauf beschränken, bloß jene periodischen Schriften vorzuführen, welche das gemeine Recht behandeln, sondern sie muß auch jene berücksichtigen, welche den wichtigeren Particularrechten gewidmet sind. Ein Anfang hiezu ist bereits mit der Besprechung der österreichischen Zeitschriften gemacht: wir setzen diese Richtung der Mittheilungen mit einigen Bemerkungen über jene jetzt bestehenden Zeitschriften fort, welche sich mit dem bayerischen Rechte beschäftigen**).

*) Zu diesem Behufe werden wir künftig ein vollständiges Verzeichniß des Inhaltes der Zeitschriften geben, damit der Leser erfahre, was etwa dieser Zweig der rechtswissenschaftlichen Thätigkeit für ihn Brauchbares enthalte.

**) Die früher in Bayern erschienenen Zeitschriften aus der Zeit seit 1808 haben es alle nur zu einer kurzen Dauer gebracht. Dahin gehören, wenn wir von den bloßen Sammelwerken absehen:

1) Magazin des k. b. Staats- und Privatrechts von G. v. Schelhaß. 2 Bände. Ulm 1808 und 1810.

2) Die Jahrbücher der Gerechtigkeitspflege in Bayern von C. F. v. Aretin. 2 Bände 1813 und 1818.

3) Die oben (B. III. S. 62) schon erwähnten Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege von Gönner und Schmidtlein. 3 Bände. 1818 — 1820.

4) Zeitschrift für Theorie und Praxis des bayer. Civil-, Criminal-

Digitized by Google

1) Die älteste und verbreitetste unter denselben sind „die Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, herausgegeben von Dr. Joh. Ad. Seuffert und Dr. Christ. L. Glück“*), welche für das Jahr 1836 im ersten Bande erschienen und seitdem bis Jahrgang 1856 oder bis zum 21. Bande fortgesetzt wurden. Nach dem Programm der Blätter versprechen dieselben zu liefern:

a) Erörterungen über einzelne Stellen der in Bayern geltenden Rechtsnormen, deren Auslegung Zweifeln unterliegt;

b) Erörterungen über Rechtsfragen, welche in den Gesetzen nicht entschieden sind, insbesondere Entwicklungen aus allgemeinen Rechtsbegriffen und aus der Natur der Rechtsinstitute;

c) Kurze Mittheilungen über die Ergebnisse der neueren rechtswissenschaftlichen Forschungen.

Dabei wurde als Hauptziel, dessen Erstrebung sich die Redaction zur Aufgabe machen wolle, bezeichnet, dem Praktiker wahrhaft zu nützen. Daher bleibt jede Erörterung ausgeschlossen, welche nicht unmittelbar ein Resultat für die Rechtsanwendung liefert, und wird bei der Fassung der behandelten Materien auf die Bedürfnisse und Verhältnisse der Praxis Rücksicht genommen. In stofflicher Beziehung wollte die Zeitschrift alle Zweige der Rechtskunde und die sämmtlichen in Bayern zur Anwendung kommenden Gesetzgebungen und Particularrechte umfassen. Da zu diesen Gesetzgebungen zum Theil auch das gemeine Recht gehört, so sollte die Zeitschrift auch eine über Bayern hinausreichende Wirksamkeit erlangen.

---

und öffentlichen Rechts von Freiherrn v. Zu-Rhein. München 1834 — 35, womit in Verbindung die von demselben Autor herrührenden Beiträge zur Gesetzgebung und praktischen Jurisprudenz, mit besonderer Rücksicht auf Bayern in 6 Heften (von 1826 — 31) genannt werden können.

5) Jahrbücher für die bayer. Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Staatsverwaltung. Nürnberg 1838 (4 Hefte).

*) Vom 7ten Band an wird als Herausgeber nur Seuffert „in Verbindung mit Chr. K. Glück, Fried. Christ. Arnold und Karl Friedr. Dollmann“ genannt; seit dem Jahrgange 1854 oder dem 19. Band ist Arnold nicht mehr erwähnt.

Digitized by Google

Ihrer Tendenz dem Praktiker zu nützen ist die Zeitschrift denn auch bisher beharrlich treu geblieben, wobei wir indessen nicht behaupten, daß der von ihr beabsichtigte Zweck die Praxis zu heben auch vollständig erreicht worden sey. Das Bestreben die theoretischen Fragen für das praktische Bedürfniß zurecht zu legen und der Praxis mundgerecht zu machen, hat vielfach zur Oberflächlichkeit geführt, indem man genug gethan zu haben meint, wenn man die Blätter für Rechtsanwendung als Beleg citirt. Daß die Schuld hievon vorzugsweise der Praxis selbst zur Last fällt, wollen wir übrigens nicht in Abrede stellen. — In Bezug auf den Umfang ihres Stoffes ist die Zeitschrift insoferne hinter ihrem Programme zurückgeblieben, als sie einerseits Mittheilungen über die Ergebnisse der neueren Literatur nur sehr selten, Erörterungen über staatsrechtliche Materien und Gesetze noch seltener gebracht hat. Das was sie gebracht hat, bewegt sich im Gebiete des Civilrechts und des Civilprocesses, dann des Strafrechts und des Strafprocesses. Auf die einzelnen Abhandlungen und Mittheilungen einzugehen, ist hier der Ort nicht. Nur um die Art der Führung der Zeitschrift noch etwas näher darzulegen, sey es uns gestattet, noch einiges über den Inhalt des letzten oder 21. Jahrgangs beizufügen. Etwas ausführlichere Erörterungen über einzelne Fragen — wie z. B. über den geeigneten Weg zur Ermittelung des Pflichttheils bei Erbstreitigkeiten (Nr. 3 und 4), zur Lehre von der Begründung des Domicils (Nr. 10), oder über die rechtliche Eigenschaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung (Nr. 8 und 9) — bilden den einen Theil; kurze Mittheilungen aus der Praxis, insbesondere aus den Entscheidungen des obersten Gerichtshofes von Bayern den anderen Theil dieses Inhaltes.

2) Zur wenigstens theilweisen Ergänzung der Lücke, welche die Blätter für Rechtsanwendung offen gelassen haben, sollen die seit 1851 erscheinenden „Blätter für administrative Praxis zunächst für Bayern herausgegeben von Karl Brater" dienen, deren Bestimmung ist, der Wissenschaft auch im Gebiete der wirklichen Verwaltung mehr Boden zu erobern, als sie bisher besessen hat. Die neue Zeitschrift will daher zunächst nicht die Zahl derjenigen Bücher vermehren, welche dem Praktiker die Entschließungen und Entscheidungen der höheren Stellen liefern und zugänglich

Digitized by Google

machen*). Ihre Absicht geht vielmehr dahin, den vorhandenen positiven Stoff wissenschaftlich zu erörtern und Zweifel und Bedenken, welche sich bei dessen Anwendung ergeben, nach allgemeinen Grundsätzen zu beseitigen und zu lösen; dann aber weiter dahin, auf demselben Wege die Lücken auszufüllen, welche die positive Gesetzgebung ungeachtet ihrer Reichhaltigkeit vielfältig noch offen läßt.

Die Blätter für administrative Praxis liegen nun in sechs Jahrgängen dem Publicum vor, und jeder Sachkundige wird mit uns anerkennen, daß sie sich der Aufgabe, welche sie sich gesetzt, vollkommen gewachsen zeigen. Wer die Schwierigkeiten erwägt**), welche bei der Erstrebung ihres Zieles zu bewältigen sind, wird zugestehen müssen, daß die Zeitschrift leiste, was unter den obwaltenden Umständen möglich ist. Wir gedenken auch bezüglich dieser Zeitschrift nicht in eine Darlegung ihres Inhaltes im einzelnen uns einzulassen; wir beschränken uns darauf, einige der größeren Arbeiten des jüngsten Jahrgangs (1856) namhaft zu machen. Die ersten Nummern desselben bringen eine Erörterung „über Gerichtsorganisation und Verwaltung", in welcher diese Zeitfrage besonders vom bayerisch-rechtlichen Standpunkte besprochen wird. Dann folgen Abhandlungen „über Districtsstraßen" (Nr. 6 und 7), „zur Lehre von der Finanzverjährung" (Nr. 10 — 12), „die Gemeinde-Umlagen (12 — 19)", „über Kinderpflegen", „über Auswanderung" u. s. w.

3) Die jüngste unter den bayerischen juristischen Zeitschriften ist die früher schon (s. Bd. III. S. 62 ff.) erwähnte „Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern", von

---

*) Als eine sehr zweckmäßige Beilage zu der Zeitschrift hat der Herausgeber eine alljährlich erscheinende „Sammlung von principiellen Erlassen der Staatsbehörden und von Präjudicien auf dem Gebiete der Verwaltung" begründet, welche für 1856 im vierten Bande vollendet ist.

**) Eine Vergleichung dieser Zeitschrift mit den Blättern für Rechtsanwendung z. B. läßt einen wesentlichen Unterschied erkennen in Bezug auf die Unterstützung derselben durch die Praktiker. Den Blättern für Rechtsanwendung steht das reiche und interessante Material zur Benützung, das sich bei dem obersten Gerichtshofe sammelt, während die Blätter für adm. Pr. von dieser Seite nicht nur wenig Unterstützung erhalten, sondern vielmehr Beschränkungen erfahren, — von anderen Schwierigkeiten, die in dem Stoffe liegen, gar nicht zu sprechen.

Digitized by Google

der seitdem der II. Band und 3 Hefte des III. Bandes in unseren Händen sind. Der Inhalt dieser Fortsetzung ist im allgemeinen derselbe, wie er bei der Anzeige des ersten Bandes schon angegeben ist. Auch der II. und III. Band bringen verhältnißmäßig nur wenige selbständige Erörterungen, und diejenigen welche geliefert sind, beziehen sich vorherrschend auf Stoffe des Strafrechts und des Strafprocesses*). Hievon findet sich im Band II. nur eine Ausnahme, nämlich eine Erörterung „über Ermittelung der gerichtlichen Werthsanschläge bei Zwangsabtretungen von Grundeigenthum für öffentliche Zwecke" (S. 226 ff.), die einen praktisch höchst wichtigen Punkt, der von den Gerichten in vielfach irriger Weise angesehen und behandelt wird, in einläßlicher und gründlicher Weise entwickelt. Die zwei Hefte des letzten Bandes enthalten neben den Entschließungen des Justizministeriums und den Mittheilungen aus der gerichtlichen Praxis folgende selbständige Abhandlungen: „über den Editionseid des Fiscus" (S. 129 ff), „Betrachtungen über die Fragestellung an die Geschworenen" (S. 127 ff.), „Ablehnung des Geschwornendienstes wegen erreichten 60sten Lebensjahres" (S. 301 ff.), „kann der Erblasser curatelmäßigen Notherben gegenüber die Inventur verbieten"? (S. 419 ff.), und endlich „zum Gesetze vom 1 Julius 1856, die gemischten gerichtlichen Untersuchungen betreffend" (S. 424 ff.).

---

*) Die criminalistischen Abhandlungen sind: „Beitrag zur Beurtheilung des sogenannten Brandstiftungstriebs" (S. 106 ff.), „Beiträge zur Fragestellung in Brandstiftungsfällen" (S. 115 ff.), „zur Lehre von der Selbsthülfe" (S. 254 und 378), „Betrachtungen über die Fragestellung des Schwurgerichtspräsidenten an die Geschworenen" (S. 362), „Competenz der Kreis- und Stadtgerichte zur Aburtheilung concurrirender Polizei-Uebertretungen" (377) „zur Lehre vom Diebstahl" (S. 408 und 511).

P.

Digitized by Google

XVII.

Kurze Anzeigen.

1) Die Tafeln von Salpensa und Malaga — noch einmal.

Der Streit über die Aechtheit der vielbesprochenen Tafeln von Salpensa und Malaga, der zunächst in Frankreich sich erhoben, soll, wie es scheint, dort auch ausgefochten werden, ohne daß der sachkundige und streitkräftige deutsche Herausgeber bemüssigt wäre, sich in denselben einzulassen und sich in eigener Person gegen den Vorwurf zu vertheidigen, daß er, der wohl Andern mit scharfer Kritik Leichtgläubigkeit in antiquarischen Dingen schuldgegeben hat, durch eine Erfindung von seltener Kühnheit, aber allerdings auch beispielloser Geschicklichkeit, sich habe berücken lassen. Ein Freund und College des geistreichen Zweiflers Laboulaye hat es übernommen, den letzten Angriff auf die Aechtheit jener Stadtrechte zurückzuschlagen, und zwar in einer Reihe von Briefen an denselben, die zuerst in dem „Journal général de l'instruction publique" (Februar bis September 1856) veröffentlicht, dann in zweiter vermehrter Auflage zusammengestellt sind, unter dem Titel:

Les tables de Salpensa et de Malaga, par M. Ch. Giraud, membre de l'institut. Paris. 1856. (159 S. nebst einem neuen Abdruck des Textes nach Mommsen. S. 164—187 und drei Tafeln).

Nachdem die Kritische Ueberschau IV. S. 130—139 die auffallendsten Bedenken Laboulaye's vorgelegt hat, ist sie es ihren Lesern schuldig, ihnen auch von dieser Widerlegung in entsprechendem Maße Rechenschaft zu geben, zumal diese, unter Benützung von

Digitized by Google

Mommsen's Nachtrag zu seiner ersten Mittheilung, so gründlich und erschöpfend ausgeführt ist, daß man hoffen darf, dadurch den Streit erledigt zu sehen.

Vorerst den mehr äußerlichen Verdachtsgründen, welche Laboulaye aus der Beschaffenheit der Tafeln, der Art und dem Ort ihrer Aufbewahrung und der Incorrectheit ihrer Schrift herausnimmt, stellt Giraud im ersten Brief die frappante Unwahrscheinlichkeit einer solchen Erfindung, in jetziger Zeit, in Spanien, entgegen — einer Erfindung, zu deren Ausführung, abgesehen von dem dazu erforderlichen technischen Apparat, den äußern Schwierigkeiten und ziemlich beträchtlichen Kosten, eine Gelehrsamkeit und Geschicklichkeit vorausgesetzt würde, daß jeder Gelehrte stolz darauf seyn könnte, und das in Spanien, wo sich kaum drei oder vier Personen mit dem römischen Recht, und diese nur mit dessen Elementen, beschäftigen; wo Gaius kaum bekannt ist und die Erzeugnisse der jüngsten deutschen Rechtswissenschaft keinen Eingang gefunden haben, wo „la revue de notre ami, Mr. Wolowski, n'y comptait, je crois, qu'un abonné, M. Pedro Pidal!" (denn daß der Betrug etwa von einem Franzosen oder einem Deutschen gespielt worden sey — „sans benefice et sans honneur," und „aux frais de qui?" — etwa nur um sich ganz heimlicher Weise vergnügt die Hände zu reiben, daß man Savigny, Huschke, Mommsen u. s. w. angeführt habe? — ist nicht minder unwahrscheinlich); und dabei denn doch wieder eine Unvorsichtigkeit, welche ganz leichte und oft geübte Kunstgriffe, einen Betrug der Art zu verdecken, außer Acht gelassen hätte! Der Mangel an Classicität des Styls, die Ungenauigkeit und Verschiedenartigkeit der Wortschreibung und der Abkürzungen erregen unserm Verf. durchaus kein Bedenken; denn für die letzte gibt es auch in andern Inschriften der Beispiele mehr als genug, und sie kann bei einem Erzschreiber in einer Provinzialstadt eines noch nicht lange und nicht ganz romanisirten Landes nicht auffallen; was aber den ersten betrifft, so ist er nicht verwunderlich zu Domitians Zeit, wenn man bedenkt, wie selten der Curialstyl ein Muster von Eleganz und wie sehr die Schreibart individuell ist, und „n'y a-t-il pas du se passer souvent à Rome et dans les préfectures du prétoire, ce que nous avons vu plus d'une fois en France, dans nos temps d'agitations politiques? c'est

Digitized by Google

à dire, d'excellents employés congédiés, pour faire place à d'autres, que poussait la fortune des revolutions." — „Si je compare, sagt der Verfasser S. 18, les belles ordonnances de Louis XV., sur le fait des neutres ou de prises, avec certains decrets de la Convention, j'ai peine à croire qu'il y a trente ans, au plus, entre les deux." — Das von der Sigle R für Rubrica hergenommene Bedenken beseitigt Giraud, übereinstimmend mit uns (Kritische Uebersicht IV. S. 132.), durch die Bemerkung, daß der Erzschreiber die rubricae im buchstäblichen Sinne, welche er in den von Rom aus übersandten Gesetzesurkunden nach dem allgemeinen Gebrauche ohne Zweifel vorgefunden, einfach durch sein R habe kennzeichnen wollen.

Was nun die einzelnen in dieser Zeitschrift a. a. O. hervorgehobenen Bedenken betrifft, und zwar zunächst zu der Tafel von Salpensa, auf deren Beleuchtung Giraud's Schrift, soweit sie bis jetzt vorliegt, sich beschränkt, so stellen wir denselben folgende Gegenbemerkungen derselben entgegen:

Zu Cap. 21. 22. Die patria potestas, manus und mancipium in einer latinischen Gemeinde geben nicht den mindesten Anstoß. Ist es doch nicht nur an sich wahrscheinlich, sondern auch gerade in Anziehung jener familienrechtlichen Verhältnisse ausdrücklich bestätigt (Liv. IV. 9. XLI. 8. cf. VIII. 6. 9. Cic. pro Balbo. 8.), daß das Recht des alten Latium mit dem römischen die größte innere Verwandtschaft hatte, und nach Plinius gab es in Spanien viele „oppida antiquitus Latio donata" und oppidani Latii veteris, noch ehe Vespasian „universae Hispaniae iactatum procellis reipublicae Latium tribuit." — Daß auch die Eltern des gewesenen Colonial-Magistratus das römische Bürgerrecht erhalten sollten, ist zwar für uns neu, aber kein unbegreifliches Privilegium (vielmehr ganz begreiflich, wenn jener noch Filius Familias war, und entsprechend der Tendenz, auch in latinischen Gemeinden das Element der römischen Civität allmählich anwachsen zu lassen). Auch die tutoris optio war nach Giraud's Meinung den Latinen nicht fremd; die betreffende Bestimmung erklärt dieser, abweichend von Mommsen und wahrscheinlicher, dahin, daß dadurch das in einem bereits früher von dem jetzt Bürger gewordenen Latinus errichteten Testament verliehene ius optandi tutoris aufrecht erhalten werden sollte, als wäre die

Digitized by Google

Frau schon damals civis romana in manu civis romani gewesen. Daß aber den Worten nach auch Personen männlichen Geschlechts, also Unmündigen, die tutoris optio erhalten werde, erklärt er mit Mommsen aus einer nicht seltenen Ungenauigkeit in der Fassung des ganzen Satzes, der auf mehrere Classen von Personen sich beziehe; es sey als selbstverständlich vorausgesetzt, daß die tutoris optio nur positis ponendis stattfinde; es sey zu erklären, als wenn in einer Ordonnance des 16. Jahrhunderts hinzugefügt werde „chacun en droit soi." Uebrigens vergl. noch die Bemerkungen zu Cap. 29.

Zu Cap. 23. Laboulaye weiß sich dieses Capitel nicht anders zu erklären, als daß ein Fälscher die L. 4. D. de iure patron. mit der, wie jener glaubt, falschen Lesart *paternorum* statt *patronorum* vor Augen gehabt und darnach sein Stücklein componirt habe. Schon an dem Ausdruck *iura libertorum* in der Rubrik nimmt er Anstoß; denn wenn auch Severus sich desselben zur Bezeichnung der Patronatsrechte nach L. 4. cit. bedient habe, so sey er doch unrichtig und zu Domitians Zeit nicht anzunehmen. Dagegen verwirft Giraud auf Tacit. hist. II. 92. *„quod reversis ab exilio iura libertorum concessisset (Vitellius)"* (vergl. L. 10. §. 6. D. de in ius voc. L. 3. §. 7. D. de bon. libert.). Er gibt ferner, und mit Recht, der Lesart *paternorum* in L. 4. cit. vor der Florentinischen den Vorzug (vergl. L. 8. D. de assignand. libert.), und wirft seinem Gegner, ebenfalls mit Recht, vor, daß er den Satz des Cap. 23. entstelle, indem er die Worte *suos suas* ignorire oder mit den folgenden *paternos paternas* zusammenfallen lasse und so eine unbegreifliche Beschränkung des Satzes auf die väterlichen Freigelassenen darin finde, statt zu unterscheiden *libertos suos* und *libertos paternos*, wornach die ganze Bestimmung eben so klar als angemessen erscheine.

Zu Cap. 24. „Ein sonderbares Capitel!" sagt Laboulaye. „Sonderbar," weil es eine Bestimmung trifft, für den Fall daß die Gemeinde — nicht den Princeps überhaupt, sondern gerade — den regierenden Princeps Domitianus zu ihrem Duumvir wählt. „Keineswegs sonderbar;" „on était alors plus rafliné courtisan que vous ne semblez l'être, so entgegnet Giraud dem Freunde, et je vous en honore, tout en vous combattant. Il n'y avait qu'un empereur, et c'était le régnant. Prévoir, qu'il aurait un

Digitized by Google

successeur eût été crime, car l'empereur était immortel et dieu lui-même." Ganz recht; die Verfassung kannte damals noch keinen Princeps in abstracto, sondern nur den individuellen, wie die lex de imperio principis (sog. lex regia) für jeden Neuerwählten individuell erlassen wurde. Einem modernen Fälscher hätte es näher gelegen, ein Privilegium des Princeps in abstracto zu fingiren. So gibt dieses Capitel vielmehr einen Beweis für die Aechtheit: „C'est là un trait caractéristique et subtil, qui ne s'invente pas après coup, et qui prouve l'authenticité des bronzes de Malaga." Aber eine weitere Sonderbarkeit! Der Präfect, den der Duumvir Augustus für sich bestellt, soll dieselben Rechte haben, als wenn er rechtmäßig allein zum Duumvir erwählt worden wäre; also ein Duumvir! wie rechts- und sprachwidrig! „Hoc neminem debet perturbare" sagt der Verf. mit Zumpt, so wenig als daß mitunter nur zwei das Amt der quatuorviri bekleiden, so wenig, als daß in Rom mitunter nur ein Consul gewählt worden ist (obgleich der Name auch einen Collegen voraussetzt). Den Einwurf aber, daß der Kaiser auf diese Weise, anstatt der Gemeinde durch Annahme ihres höchsten Amts eine Ehre zu erweisen und sich populär zu machen, einen störenden Eingriff in die Gemeindeverfassung gethan haben würde, beseitigt er unter Bezugnahme auf denselben deutschen Gelehrten durch die Bemerkung, daß die Wahl des Kaisers zum Duumvir dazu dienen konnte, Wahlstreitigkeiten abzuschneiden, wo es dann ganz angemessen war, daß der letzte nur einen an seiner Statt allein regierenden Präfecten, gleichsam einen Dictator oder Interrex, bestellte. (Man vergleiche auch noch Sueton, Octav. cap. 33.)

Zu Cap. 25. Zu bezweifeln, daß die Municipalmagistratus das Recht gehabt haben, für den Fall ihrer Abwesenheit ihre Jurisdictio einem Präfecten zu mandiren, wie es in Rom noch in der Kaiserzeit während der feriae Latinae geübt wurde, ist kein Grund vorhanden; praefecti pro duoviro kommen in Inschriften auch sonst vor. Daß der Präfect wenigstens 35 Jahre alt seyn sollte, älter als zum Eintritt in die Curie erforderlich war, ist nicht auffallend, wohl vielmehr ganz weise, da der Präfect nicht durch das Vertrauen der Bürgerschaft, sondern bloß durch Ernennung des Duumvir berufen wurde. Die Eidesformel

Digitized by Google

für den Präfecten hat nichts anstößiges; sie stimmt mit der in dem Gesetz der Bantinischen Tafel vorkommenden im wesentlichen überein, abgesehen von den auf die Kaiser bezüglichen Zusätzen (vergl. Cap. 26.). — Den Einwand, daß der Präfect einen um den andern Tag abwesend seyn dürfe, während der Duumvir nicht einen vollen Tag außer der Stadt seyn sollte, ohne einen Präfecten zu ernennen, berührt Giraud nicht; er ist aber leicht zu beseitigen: der Duumvir sollte einen Präfecten ernennen, wenn er voraussah, daß er über den Tag ausbleiben werde; der Präfect-Stellvertreter sollte immer am selben Tage in die Stadt zurückkehren.

Zu Cap. 26. Daß die Aedilen in Anwesenheit der duoviri den Rath berufen konnten, folgt aus der Eidesformel nicht; diese ist ebenfalls positis ponendis zu verstehen; sie ist richtig, wenn der Aedil überhaupt nur in den Fall kommen konnte, den Municipalsenat zu berufen und zu präsidiren. Daß dieselbe Möglichkeit auch bei den Quästoren vorausgesetzt wird, gibt ebenfalls keinen genügenden Verdachtsgrund gegen die Aechtheit, wenngleich in Rom die Quästoren dieses Recht nicht hatten; denn es ist bezeugt, daß in Ansehung der Stellung und Befugnisse der Quästoren in den Municipien manche Verschiedenheiten bestanden. — Die „actio petitio persecutio" am Schlusse des Cap. 26., woran Laboulaye in Vergleichung mit der Lex de imperio Vespasiani großen Anstoß nimmt, verliert das Auffallende, wenn man sich erinnert, wie auch anderswo actio petitio als synonym und neben einander vorkommen (z. B. *petitio pecuniae* in mehreren Volksbeschlüssen, *actio petitio* in L. 3. pr. D. de termino certo.), wie geläufig auch jener dreifache Ausdruck war (z. B. in der Aquilianischen Stipulation, L. 18. D. de acceptil., in der Satisdationsformel des Procurator, L. 23. D. rat. rem hab.), und wie auch sonst öfter eine ähnliche Häufung, *„ce leere Wortschwall des spätern Curialstils*, dont parle M. Mommsen," vorkommt.

Zu Cap. 27. Dieses spricht vom Intercessionsrecht der Gemeindeobrigkeiten, mit Anwendung der römischen Regel: par maiorve potestas plus valeto; aber mit der besondern Bestimmung, daß der appellirte Magistratus nur in triduo proximo sein Veto einlegen, und in derselben Sache nicht mehr als einmal appellirt

Digitized by Google

werden könne. Dieß ist uns neu; aber es widerspricht nicht dem, was wir sonst vom römischen Rechte wissen. Giraud nimmt von diesem Capitel Veranlassung zu einer ausführlichen historischen Untersuchung über das Intercessionsrecht in Rom und in den Municipien und Colonien (5. Brief, S. 68 — 99.), und zeigt, daß sich dieses Capitel 27. als besondere Bestimmung für Salpensa sehr wohl darin einfüge.

Zu Cap. 28. Diesem wird vorerst vorgeworfen der Plural „apud duumviros", wornach die Duumvirn zusammen die Freilassungen zu bekräftigen hätten, während nach römischem Recht jeder einzeln handeln konnte (nicht nothwendig individuell handeln mußte, denn Ulpian in L. 1. §. 1. D. de off. consul. sagt: „Consules *et* seorsum singuli manumittunt"). Auch Mommsen S. 434. Not. 126. betrachtet jenes als einen ungeschickten Ausdruck oder Schreibfehler. Sehr gut bemerkt dagegen Giraud S. 103, es könnte wohl ein Schreibfehler vermuthet werden, darin bestehend, daß das Wort IIvir. nicht repetirt sey, indem das Original gelautet haben könnte „apud duumvirum duumviros", ähnlich wie ein Edict über die Wasserleitung von Venatrum „IIviro IIviris;" aber es sey gar nicht nöthig, einen Schreibfehler anzunehmen; denn es sey auch sonst gewöhnlich, die Magistratus im Plural zu nennen, wo doch nur einer als handelnd gedacht werde, z. B. Vat. fragm. §. 112. cf. Paul. sentt. II. 25. §. 4. (doch beruft er sich mit Unrecht auf die tab. Heracl.; denn hier folgt auf das *„quicunque . . erunt"* der Singular *„ne quis eorum"*; so wie auf einige Stellen im Titel de mag. conven. 27. 8.; denn in Vormundschaftssachen handelten und hafteten die Municipalmagistratus auch als Collegium). Sodann wird das sachliche Bedenken erhoben, daß in den Municipien die Magistratus nur ausnahmsweise, durch Privilegium, die legis actio, und somit das Recht der Manumissio hatten, hier aber den Magistratus einer latinischen Colonie unbedingt dieses Recht beigelegt werde. Aber dabei ist übersehen, daß es sich hier eben nur um eine latinische Gemeinde, um latinische Freilassungen handelt, die nicht römisches Bürgerrecht gaben; das Cap. 28. spricht ausdrücklich nur von Freilassungen latinischer Gemeindebürger. Aus diesem Grunde fällt auch jedes Bedenken weg gegen den Schlußsatz des Cap. 28., wornach zur Freilassung von Seiten eines noch nicht

Digitized by Google

zwanzigjährigen latinischen Bürgers die Gutheißung der Curie erforderlich seyn soll. Es liegt darin nur eine modificirte Anwendung der Lex Aelia Sentia auf die latinische Stadt und deren latinische Bürger; durchaus nichts Modernes und daher der Fälschung Verdächtiges.

Zu Cap. 29. Den Inhalt dieses Capitels findet Laboulaye ganz besonders anstößig: „c'est une disposition impossible," sagt er. Giraud antwortet darauf im siebenten Brief durch eine sehr ausführliche und gründliche Untersuchung (S. 123 — 159.). Ich hebe nur die Hauptpunkte aus. 1) Das Cap. 29. zu Anfang setzt die Möglichkeit voraus, daß auch ein Mündiger männlichen Geschlechts sich einen Tutor erbitte; wie ist das zu erklären? Mommsen S. 459. erklärt es aus einer ähnlichen Ungenauigkeit der Fassung, wie im Cap. 22. Auch Giraud S. 156. findet es gar nicht unwahrscheinlich „qu'on n'ait en nul souci de la signification de ces mots et que la formule entière n'ait été reproduite que par routine." Er schlägt aber noch zwei andere Erklärungen vor: einmal, daß unter dem tutor auch der curator begriffen sey; sodann, daß an den Fall zu denken sey, wenn der Vater einem Sohn oder Enkel über die Mündigkeit hinaus einen Tutor gegeben habe, der ernannte aber vor Ablauf der Zeit durch Tod oder Abdication weggefallen sey. Er bezieht sich dabei auf eine (S. 131. ff.) vorausgegangene Erörterung über die namentlich in älterer Zeit häufige Vermischung der Begriffe und Bezeichnungen von tutela und cura, über die weitere auch mündige unter Cura stehende Personen umfassende Bedeutung von pupillus pupilla (z. B. noch bei Paulus in L. 20. D. de ritu nupt.), über die Unbestimmtheit der Gränze der pueritia, und die Möglichkeit der Erstreckung der Tutel bis zu einem bestimmten Alter (L. 101. §. 2. D. de cond. et dem. L. 46. in f. D. ad. Sc. Trebell. cf. Paul. ep. ad Galat. IV. v. 2.). (Gelegentlich dieser Erörterung vertheidigt er, übereinstimmend mit Rudorff Vormundsch. I. S. 313., die Florentinische Lesart in L. 6. D. de confirm. tut. 26. 3. „si filio *puberi* pater tutorem aut *impuberi* curatorem dederit," gegen die auch von Kriegel aufgenommene haloandrische Lesart „*impuberi* . . . *puberi*"). Wenn aber Giraud S. 156. unser Cap. 29. auch auf die curia furiosi beziehen möchte, so geht das freilich nicht an, weil dieser unmöglich selbst sich einen

Digitized by Google

Tutor-Curator erbitten konnte. 2) die Magiſtratus der ächten römiſchen Municipien in Italien hatten nicht die tutoris datio, wenigſtens nicht zu Domitians Zeit; und dem Magiſtrat einer ſpaniſchen Latinerſtadt ſoll dieſe verliehen ſeyn? Mommſen S. 438 erklärt auch dieſes aus dem Gegenſatze zwiſchen der freien nicht römiſchen Gemeinde und dem römiſchen Municipium. (Es iſt ein Irrthum, wenn Giraud S. 148 es als Mommſen's Meinung angibt daß die tutoris datio in unſerer Stelle eigentlich nur eine nominatio ſey; er behauptet dieß nur von der tutoris datio der römiſchen Municipalmagiſtratus und ſtellt zu dieſer S. 439 die obige gerade in Gegenſatz.) Dabei bleibt es jedoch immer auffallend, daß der Magiſtratus von Salpenſa auch in Beziehung auf römiſche Bürger der Gemeinde dasſelbe Recht haben ſollte. Dagegen führt Giraud S. 149 fgg. aus, daß die Municipialmagiſtratus überhaupt die tutoris datio erhalten haben, nicht erſt zu Ulpians Zeit (L. 3. D. de tut. dat.), ſondern auch ſchon zu Hadrians Zeit (L. 1. §. 9. D. de mag. conv.), und ſelbſt zu Domitians Zeit (L. 7. D. eod.). Und wenn auch dieſe tutoris datio urſprünglich auf einen Auftrag des Präſes zurückzuführen iſt (datio ex iussu), wenn ſie auch von der Vormundernennung der maiores magistratus durch die damit verbundene Verantwortlichkeit und die Oberaufſicht des Präſes ſich unterſchied (nach Mommſens Ausdruck virtuell eine bloße nominatio war); ſo verſchwindet doch alles Auffallende darin, daß unſer Stadtrecht, wie ſo viele andere Stellen von *datio* tutoris (d'une datio pure et simple) durch die Municipalmagiſtratus ſprechen, desſelben Ausdrucks ſich bedient. Uebrigens iſt Rudorff (Vormundſchaftsrecht I. S. 355 fg.) der Meinung daß die italiſchen Municipalmagiſtratus früher die volle tutoris datio gehabt haben, und erſt im Laufe der Kaiſerzeit darin mehr und mehr beſchränkt worden ſeyen. (Giraud täuſcht ſich wirklich, wenn er Rudorff mit dem Beiſatz „si je me ne trompe" zu denjenigen zählt, welche annehmen, daß denſelben erſt ſeit M. Aurel jenes Recht gegeben worden ſey; auch Mommſen ſagt dieß nicht.) 3) Großen Anſtoß nimmt man an den Worten „sive unum sive plures collegas habebit", als ob ein Duumvir mehr als einen Collegen haben könnte; denn daß die Aedilen als Collegen der Duumvirn angeſehen werden, ſey unmöglich, weil dann der præfectus des Cap. 25 vollends ſinnlos werde. Den letzten Einwand gegen Mommſen findet Giraud ſchlagend; er verſucht

Digitized by Google

eine andere Erklärung, als deren Urheber Rudorff bezeichnet wird. Es kam vor, daß extra ordinem mehrere Duumviri (triumviri oder quatuorviri juri dicundo) ernannt wurden; diese Möglichkeit hat das Cap. 29. im Auge. Diese Erklärung scheint plausibel. Aber es scheint uns auch der Einwand gegen Mommsen nicht einmal „peremptorisch", denn wenn auch die Aedilen als minores collegae der Duumvirn galten, wie der prætor in Rom collega consulum war, so konnte doch die Bestellung eines Stellvertreters des Duumvir für den Fall vielleicht länger dauernder Abwesenheit zweckmäßig erscheinen. Den Verdacht der Unächtheit begründen die plures collegae jedenfalls nicht, weil es unbegreiflich wäre, wie der sonst sehr geschickte Fälscher zu deren Erwähnung gekommen seyn sollte; vielmehr möchten wir darin, sowie in der Neuheit der ganzen Bestimmung einen Beweis der Aechtheit finden. 4) Laboulaye findet in dem letzten Theil des Cap. 29. ein Plagiat aus L. 19. D. de tut. dat. 26. 5, wo in §. 1. auch der Collega vorkomme: unbegreiflich! da Voraussetzung, Entscheidung, Ausdruck ganz verschieden sind. Mit Recht macht ihm der Gegner überhaupt den Vorwurf, daß er, wo sich ein entfernter Anklang an Bekanntes finde, sofort ein Plagiat wittere; wo etwas neues vorkommt, der Neuheit wegen eine Fälschung supponire. Zum Schluß hält er ihm den Schluß des Cap. 29. vor, mit den Worten: Remarquez cette phrase d'on exhale un délicieux parfum de *Latium vetus*, et qui devrait vous désarmer: *quo ne ab iusto tutore tutela abeat.* Cela ne s'invente pas, ne s'imite pas. Voilà le pur ancien droit romain et son esprit véritable, ... qui se reproduit dans sa splendeur en cette phrase finale, que j'aurai la cruauté de remettre sous vos yeux, car il est impossible que votre tact éminent de l'antiquité n'en soit pas vivement affecté: *qui tutor hac lege datus erit, is ei cui datus erit quo ne ab iusto tutore tutela abeat, tam iustus tutor esto quam si is civis romanus et agnatus proximus civis romanus tutor esset.*

So weit geht die vorliegende Schrift. Auf die Tafel von Malaga ist der Verfasser für jetzt nicht eingegangen. Nur einen gegen diese gerichteten Einwand hat er gelegentlich (S. 118 fg.) schon jetzt zurückgewiesen. Der Ausdruck „latini cives„ in Cap. 53. ist nach Laboulaye „philologiquement, dans la bonne latinité, une expression impossible"; Giraud dagegen ne trouve rien de plus

Digitized by Google

régulier, rien de plus simple, rien de plus juste, de plus latin, que cette expression." Dem letzten steht der civis ex Latio (bei Sallust. Jugurtha Cap. 69.) zur Seite; Mommsen S. 399; vgl. auch Liv. XLI. 8.); er führt zudem als Bundesgenossen ins Feld eine civis Attica, einen civis Helvetius, cives Batavi, Taunenses (vom Taunus) u. a. Er hält auch mit Recht dem Gegner vor, daß derselbe im Cap. 28. der tab. Salpens. den municeps „qui latinus erit" übersetze mit „qui seront citoyens latins" „zum deutlichen Beweise daß ihm selbst die Bezeichnung „cives latini" nicht so unpassend geschienen habe. Doch muß bemerkt werden daß Cap. 53 der tab. Malag. von incolae, qui latini cives sunt, spricht, und daß wer diesen Ausdruck tadelt, doch wohl einen civis latinus in dem Sinne von civis coloniae, qui latinus est, zulassen könnte. Der Verfasser hat sich übrigens selbst nach Malaga begeben; wir dürfen daher noch weitere Aufschlüsse über den interessanten Fund von ihm erwarten. Einstweilen scheint uns Bestreitung seiner Aechtheit, nach der vorliegenden Schrift im Zusammenhalt mit Mommsens Nachtrag, kaum noch möglich. Sollte dennoch eine Täuschung sich herausstellen, so würde ich mit dem Freunde Giraud's (S. 94) sagen: „qu'on m'amène le gaillard, qui a composé ces lois municipales, et je lui donne une blanche au doctorat."

Wien, den 7 December 1856.

Ar.

---

2) **Kurhessisches Privatrecht.** Von Dr. P. Roth, Professor in Rostock, und W. v. Meibom, Unterstaatsprocurator in Marburg. Ersten Bandes erste Lieferung. Marburg, Elwert, 1857. 241. S. 8.

Die Wissenschaft des gemeinen deutschen Privatrechts ist im Wesentlichen auf das überaus bunte Quellenmaterial unserer Particularrechte angewiesen. Man ist heutzutage freilich weit entfernt in dieser Thatsache einen innern Widerspruch zu finden. Denn es ist eben die Abstreifung des Zufälligen und Particularen, wo-

Digitized by Google

durch die Wissenschaft zur Darstellung der gemeinen Grundsätze gelangt. Nichts ist daher wohl geeigneter, die Wissenschaft des gemeinen Rechts der Lösung ihrer Aufgabe näher zu führen als die wissenschaftliche Bearbeitung der einzelnen Particularrechte selbst. Zwischen gemeinem und particularem Recht entsteht auf diese Weise die fruchtbarste Wechselwirkung. Das kurhessische Recht von Roth und Maibom füllt nun eine wesentliche Lücke in der Darstellung der deutschen Particularrechte aus, und schon darum wird ihm die Beachtung auch in weiteren Kreisen nicht fehlen. Aber noch ein ganz anderes Verdienst hat in unsern Augen dieß gemeinschaftliche Werk. Wir möchten es entschieden als das Muster für die Bearbeitung eines particularen Rechtes hinstellen. Die Darstellung geht stets von der Grundlage des gemeinen Rechts aus, sie setzt diese Grundlagen als bekannt voraus und vermeidet so den Fehler der meisten Schriftsteller über particulare Rechtsmaterien, welche den Werth ihrer Werke dadurch vermindern, daß sie uns statt der particularen Rechtssätze ihre Ansichten über gemeines Recht näher darzulegen suchen. Die Vermeidung dieses Fehlers zeugt von einer vollkommenen Beherrschung des Stoffs auf Seiten der Herausgeber. Und zwar ist es immer der neueste Stand der gemeinen deutschen Rechtswissenschaft, der die Grundlage der Dastellung bildet; auch hierin liegt ein nicht hoch genug zu schätzender Vorzug. Denn man fragt sich, was alle Fortschritte der deutschen Rechtswissenschaft nützen, wenn sie unvermittelt mit dem Rechte der Einzelstaaten erst nach Jahren in die Praxis dringen.

Das kurhessische Recht ist nun auch nur in seiner äußeren Erscheinung ein particulares Recht. Die wenigsten Rechtsinstitute sind in Kurhessen durch besondere Bestimmungen ausgebildet, und die Praxis ist weit häufiger genöthigt gemeinrechtliche Sätze als particulare anzuwenden. Der Gerichtsgebrauch ist es auch vorzugsweise, auf welchen die Darstellung im vorliegenden Werke als auf die Hauptquelle angewiesen war Die Herausgeber haben zu zeigen verstanden, was sich durch eine kritische Benutzung des Gerichtsgebrauchs eines bestimmten Landes in seiner ganzen Continuität leisten läßt, im Gegensatz zur Anführung herausgerissener Urtheile ohne Motive. Aus der Darstellung der Lehren von der Todeserklärung, von der Ehrenschmälerung, von den Standesverhältnissen und über die juristischen Personen wird die Wissenschaft

Digitized by Google

des gemeinen Rechts reichhaltiges Material ziehen. Zugleich aber möchte durch dieses gemeinschaftliche Werk der Beweis geliefert seyn, welche Resultate eine gründliche Vereinigung von Theoretikern und Praktikern hervorzubringen vermag.

Anschütz.

---

3) Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen. Herausgegeben durch einen Verein von Juristen. Zwei Bände. Frankfurt a. M., Sauerländer, 1855 und 1856.

Die Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte sind für das gemeine Recht von um so größerer Bedeutung als bei diesem Gerichtshof schon durch die Zusammensetzung des Richterpersonals eine seltene Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis hervorgebracht wird. Ein Verein von Frankfurter Juristen (Dr. Fuld, Dr. Pfefferkorn u. a.) hat sich die Aufgabe gestellt, die Entscheidungen dieses Gerichtshofes, welche sich auf Frankfurter Rechtssachen beziehen, in einer eigenen Zeitschrift zu sammeln. Das Unternehmen ist geeignet, die Wissenschaft des gemeinen Rechts erheblich zu fördern, und zwar nicht allein des materiellen Rechts, sondern auch des Civilprocesses. Es ist nicht bloß ein kurzer Auszug, der aus den Entscheidungen wiedergegeben wird, sondern die Zeitschrift gibt in der Regel einen vollständigen Abdruck der Urtheile, so daß die oft so nothwendige species facti dem Leser nicht entgeht. Nur eine größere Bevorzugung des Handelsrechtes und die Hinzufügung ausführlicher Register wäre für das größere Publicum wünschenswerth.

A.

---

4) Die Vereinigten Staaten von Nordamerika im Uebergange vom Staatenbund zum Bundesstaate. Von Dr. Ed. Reimann, ord. Lehrer an der Realschule in Breslau, Weimar Herm. Böhlau. 1855. 8. 273 S.

Wenn wir auf die vorstehende Schrift mit einigen Worten aufmerksam machen, so geschieht dieses nicht bloß wegen des hohen

Digitized by Google

Interesses, das ihr Gegenstand an sich schon bietet, sondern insbesondere darum, weil die Art und Weise der Umbildung der nordamerikanischen Bundesverfassung in mannichfacher Beziehung zur Belehrung und Anregung bei der Beurtheilung und Behandlung unserer deutschen Verhältnisse dienen kann.

Die Hauptgebrechen, an welchen die während des Kampfes um die Unabhängigkeit zu Stande gekommene Bundesverfassung von Nordmerika litt, lagen einerseits in der mangelhaften Organisation — es fehlte an der nöthigen Einheit und Energie und an einem Bundesgerichte — anderseits in der zu beschränkten Competenz der Bundesregierung. Der Congreß war, um die Worte Washingtons zu gebrauchen, ein wesenloser Schatten, der nur das Recht der Empfehlung hatte; jeder einzelne Staat konnte gegen die Beschlüsse des Congresses ein Veto einlegen, und legte es häufig ein. Namentlich zeigte sich die Ohnmacht desselben in den Finanz- und den auswärtigen Angelegenheiten. — Für solche welche anfänglich die Bundesartikel von 1777 als zureichend erachtet hatten, lieferte die Erfahrung weniger Jahre Stoff genug, um sie bei unbefangener Prüfung von ihrer irrigen Meinung abzubringen. Die Verwirrung im Innern und die Schwächung nach außen hatte bald einen Grad erreicht, welcher den neuen Bund in seiner Existenz bedrohte. Daher fanden die Vorschläge, die Bundesartikel einer Revision zu unterwerfen, welche fast gleichzeitig in mehreren Staaten von patriotisch gesinnten Männern gestellt wurden, nahezu einhellige Zustimmung. Man kam überein einen Generalconvent (nach Philadelphia) zu berufen und diesem die Entwerfung einer verbesserten Bundesverfassung zur Pflicht zu machen.

Die Verhandlungen und Beschlüsse dieser verfassungberathenden Versammlung nun sind es vorzugsweise, deren Darlegung den Hauptinhalt des vorliegenden Buches bildet. Der Kampf der verschiedenen darauf einwirkenden Interessen — der großen und kleinen, dann der Sklaven- und Nichtsklavenstaaten — sowie der Antheil der großen dabei thätigen Männer — Franklin, Washington, Hamilton, Madison, Jay, Jefferson u. a. — wird dem Leser in den verschiedenen Stadien der Berathung, sowie bei den einzelnen wichtigen Punkten umständlich und klar auseinandergesetzt. Obwohl die Verhältnisse im ganzen einfacher waren, als in Europa — man hatte keine dynastischen Interessen, keine po-

Digitized by Google

litisch bevorzugten Stände zu berücksichtigen, — so war doch das Gelingen des Werkes schon bei der Berathung im Generalconvente mehr als einmal zweifelhaft. Als man endlich am 17 Sept. 1787 zur Unterschrift der gefaßten Beschlüsse schritt, die der Convent nach fast viermonatlicher angestrengter Thätigkeit (seit dem 25 Mai) zu Stande gebracht hatte, hatte man vorerst nur einen Verfassungsentwurf, der um zur Wirksamkeit zu gelangen, noch drei Stadien: den Congreß, die gesetzgebenden Versammlungen der Einzelstaaten und die Specialconvente zu durchlaufen hatte. Die Hauptentscheidung lag in der Hand der letzteren, die bloß zum Zwecke der Prüfung und Bestätigung der Verfassung in jedem Staate gewählt werden sollten; der Beginn ihrer Wirksamkeit ward davon abhängig gemacht, daß sie wenigstens von 9 Staaten anerkannt würde. Auch in diesem letzten Stadium hatte die Verfassung noch sehr heftige, ja leidenschaftliche Kämpfe zu bestehen; fast in allen Staaten siegte jedoch die Reform. Als Virginien, der größte unter den Einzelstaaten, am 25 Juni 1788 seinen Beitritt erklärte, da war das Schicksal der Verfassung entschieden; sie war nun von neun Staaten bestätigt, denen später die übrigen vier folgten. In Bezug auf das Detail der lebendigen Schilderung dieser Vorgänge können wir unsere Leser nur an das Buch selbst verweisen. P.

---

5) Der Rechtsstreit zwischen den Verwandten des zu Paris gestorbenen Carl Friedrich von Mecklenburg, Erbfolgerecht, zunächst gerichtliche Zuständigkeit betr. Stuttgart, 1856. 4. —

Die Lehre von der Collision der Statuten zählte von jeher zu den schwierigen und vielfach bestrittenen Materien, zu deren Entwickelung und Feststellung vorzugsweise die Wissenschaft berufen ist. Die vorstehende Arbeit liefert einen anerkennenswerthen Beitrag hiezu, weßhalb wir es nicht versäumen zu dürfen glaubten, unsere Leser auf sie aufmerksam zu machen. Die Schrift enthält nämlich ein Gutachten von Reyscher über die Beurtheilung eines concreten Falles der oben erwähnten Materie, dessen thatsächliche Grundlage im Wesentlichen folgende ist.

Der in Paris im 70. Jahre seines Lebens im Jahre 1854 unverehelicht und ohne Testament verstorbene Carl Friedrich von

Digitized by Google

Mecklenburg war der Sohn eines Gutsbesitzers in Mecklenburg. Sein Vater verkaufte indessen 1785 seine dortige Besitzung, und die Familie zerstreute sich in mehreren Staaten. Carl Friedrich von M. insbesondere trat 1799 in preußische Militärdienste, aus denen er im Jahre 1810 die Entlassung erhielt, mit der schon vorher erwirkten Erlaubniß im Auslande den Charakter als Capitän zu führen. Von 1810 bis 1818 scheint sich der Erblasser größtentheils in Berlin aufgehalten zu haben; seit 1818 bis zu seinem Tode hatte er aber seinen regelmäßigen Aufenthalt in Paris, wo er vollständig häuslich eingerichtet war, und wo er insbesondere auch die Personal- und Mobiliarsteuern entrichtete.

Bei seinem Tode hinterließ er ein beträchtliches Vermögen, das er sich in Paris durch Theilnahme an großen Actienunternehmungen und durch sonstige glückliche Speculationen erworben hatte. Der Nachlaß bestand vorwiegend aus baarem Gelde und aus Obligationen und Werthpapieren verschiedener Art, dann aber auch aus Immobilien in Belgien und Pommern. Beim Mangel einer letztwilligen Verfügung entstand vor allem die Frage, nach welchen Gesetzen die Intestaterbfolge in das Vermögen des von M. zu beurtheilen sey, namentlich ob die deßfallsigen Bestimmungen des Code civil. (Art 742), oder die mecklenburgischen Gesetze, oder welche sonst zur Anwendung kommen sollen? Im ersten Falle ist die Großnichte des Erblassers mit zur Succession gerufen, im anderen Falle ausgeschlossen.

Reyscher führt nun in dem vorliegenden Rechtsgutachten den Satz durch, daß die Erbfolge in den Nachlaß des M. nach dem französischen Rechte stattzufinden habe, daß also die Großnichte Anna v. R. an der Erbschaft theilnehme, — und wir müssen seiner Ausführung vollkommen beitreten. Ihre Hauptstütze hat dieselbe darin, daß der Defunct zur Zeit seines Todes sein Domicil in Frankreich hatte, und daß demnach sowohl nach deutschem als französischem Recht (s. Art. 10 des Code civil.) die Erbschaft nach den Gesetzen Frankreichs deferirt worden sey. — Neben der Frage über das materielle Recht, das im gegebenen Falle zu entscheiden hat, ist indessen auch die gerichtliche Competenz bestritten. Während das französische Gericht erster Instanz die Zuständigkeit für sich in Anspruch nahm, hat der Appellhof dieselbe den französischen Gerichten abgesprochen. R. unterwirft das Erkenntniß des letzteren

Digitized by Google

einer einläßlichen Kritik, deren Ergebniß dahin geht daß das Urtheil zweiter Instanz unhaltbar, dagegen das Urtheil des Untergerichts wohl begründet sey. P.

---

6) Commentatio de juris gentium studio in patria nostra post Hugonem Grotium. Scripsit D. van Hogendorp. Amstelod. 1856. gr. 8.

Das was wir oben (S. 88) als Bedürfniß und beziehungsweise als Wunsch namentlich in Ansehung des Völkerrechts ausgesprochen haben, findet in der vorstehenden Abhandlung seine Bestätigung. Die Juristen-Facultät zu Utrecht hatte für das Jahr 1855 folgendes Thema als Preisfrage gegeben: Qui post Hugonem Grotium in Belgio nostro juris gentium peritia insignes fuerint viri docti, ordine chronologico recenseantur, deinde quid in primariis illius disciplinæ partibus praestiterint exponatur. Die oben erwähnte Arbeit ward mit dem Preise gekrönt, und ist in der That ebenso ehrend für den Gekrönten als für die Facultät, die solche Schüler hat.

Die Aufgabe zerfällt in einen bloß historischen und in einen vergleichend kritischen Theil. Im ersten Theile werden die einzelnen niederländischen Autoren aufgezählt, welche völkerrechtliche Stoffe behandelt haben, während der zweite Theil ihr Verhältniß einerseits zu Grotius, anderseits unter sich und theilweise auch zu auswärtigen Schriftstellern darlegt. Ueberblickt man das Mitgetheilte, so wird man zugestehen müssen daß die Niederländer sich nicht bloß um die Begründung des Völkerrechts als einer besonderen Disciplin, sondern auch um die Fortbildung und Befestigung desselben die wesentlichsten Verdienste erworben haben, und die Utrechter Juristen-Facultät hat das ihrige gethan, damit die Liebe zu dieser Disciplin in ihrem Vaterlande auch in Zukunft nicht erkalte. P.

Digitized by Google

7) **Lex Francorum Chamavorum** oder das vermeintliche Xantener Gaurecht. Herausgegeben und erläutert von *Dr. Ernst Theodor Gaupp.* Breslau 1855. 8. S. VI. und 83.

Recherches sur la lex Francorum Chamavorum ou sur la prétendue loi de Xanten *) in der revue historique de droit français et étranger. Paris 1855. S. 417 — 443

Die Lex Chamavorum. Ein Beitrag zur Kritik und Erläuterung ihres Textes von *Dr. Heinrich Zöpfl.* Heidelberg 1856. 8. S VI und 96.

Nicht etwa um eine neu aufgefundene Quelle des deutschen Rechtes handelt es sich beim Volksrecht oder vielleicht besser gesagt dem Weisthume der chamavischen Franken Man kennt es seit Jahrhunderten, nämlich als capitulare III anni 813, also in einer Verbindung mit einem Rechtsstoffe der karolingischen Periode, deren Unzulässigkeit schon von Pertz entdeckt und nunmehr vollständig klar nachgewiesen wurde, so daß ihm jetzt seine wahre Stellung unter den deutschen Rechtsquellen angewiesen ist. Muß es nun zunächst schon für einen großen Vortheil gelten darüber im reinen zu seyn, und ist es insbesondere von Interesse neben den Volksrechten der salischen und ripuarischen Franken auch ein Rechtsdenkmal der chamavischen zu besitzen, so versteht sich von selbst daß die entschiedene Locirung auch auf die richtige Erklärung so mancher einzelner Bestimmungen desselben nicht ohne Wirkung bleiben konnte. Denn je enger der Kreis des zunächst Verwandten sich abgränzen läßt, desto weniger ist man Mißgriffen da ausgesetzt, wenn man nur nüchtern forschen will und sich den Stoff zu allenfallsigen Erläuterungen und Verbesserungen nicht aus häufig fern liegenden Rechtsgebieten herbeiholen zu müssen glauben mag. Ein wesentliches Erforderniß zum gehörigen Verständnisse wie aller so auch der vorliegenden Rechtsquelle ist freilich die Grundlage eines fehlerfreien Textes. Leider ist dieser bei der additio sapientum ad leges Francorum salicam et ripuariam, wie man sich unter Anwendung der Analogie vom thüringischen und friesischen Volksrechte auch hier ausdrücken könnte, nicht von der Beschaffenheit daß man nicht dringend

*) Die von Paul Laboulaye besorgte französische Uebersetzung der historischen Einleitung S. 1 — 29 in Gaupp's angeführter Schrift mit einem Abdruck des Textes der lex Francorum Chamavorum.

Digitized by Google

wünschen müßte weitere und zwar gute Handschriften aufgefunden zu sehen. Nur nach zweien, nämlich der metzischen und navarrischen, die von einander unabhängig sind und auf eine ältere gemeinschaftliche Quelle zurückweisen, konnte Gaupp seinen Abdruck S. 30 — 34 und in der Revue historique S. 438—442 geben. Wie vieles darin noch ungelöst bleibt, beweisen am besten seine eigenen äußerst behutsam und soweit möglich unter der angedeuteten Beschränkung auf den zunächst liegenden Quellenkreis v. S. 35 — 83 angestellten Untersuchungen*) über den gesammten Inhalt der Lex, sowie auch die zum Theil höchst einläßlichen Erörterungen, welche Zöpfl darüber in seiner ursprünglich in den heidelbergischen Jahrbüchern Nr. 22 — 25 und 31 und 32 erschienenen und daraus speciell abgedruckten recensirenden Abhandlung über die *Euua Chamavorum* gegeben, worin uns aber in so manchen Beziehungen das gehörige Maß, insbesondere in Herbeiziehung des eben jetzt in ein neues Stadium der Bearbeitung getretenen langobardischen Rechtes überschritten worden zu seyn scheint.

Es ist begreiflicherweise nicht die Aufgabe einer kurzen nur referirenden Anzeige in dieser Zeitschrift darüber ins Detail einzugehen. Es handelt sich hier zunächst um das Ergebniß des jetzigen Standes der Forschung bezüglich der Stellung unserer Rechtsquelle.

Wie bemerkt, hat schon Pertz sie bei der neuen Ausgabe der Capitularien im Jahre 1835 als nicht dahin gehörig weggelassen. Er erklärte sie, was er auch 1846 in der Akademie zu Berlin des weiteren ausführte, für ein Gaurecht von Xanten. Vorzugsweise auf zwei Stellen in den cap. 10 und 11 stützte er sich hiebei, deren erste verfügt daß in dem Falle wo jemand einen freien

---

*) In §. 1 einige charakteristische Eigenthümlichkeiten des Gesetzes; §. 2 die staatsrechtlichen Verhältnisse des Chamaverlandes; §. 3 einige Bemerkungen über die persönlichen und ständischen Verhältnisse im ripuarischen Volksrechte; §. 4 die persönlichen und ständischen Verhältnisse im chamavischen Volksrechte; §. 5 Streit über Freiheit, Freilassung; §. 6 Bußen oder Privatstrafen, bannus, fredum, wirdira, wadium?, zu welch letzteren Zöpfl S. 37 — 54 und 92 zu vergleichen; §. 7 privatrechtliche Bestimmungen.

Digitized by Google

Menſchen als ſeinen Unfreien in Anſpruch nimmt, dieſer letztere entweder mit zwölf Perſonen aus ſeiner nächſten Verwandtſchaft in sanctis ſchwören und ſeine Freiheit beweiſen oder in die Unfreiheit fallen ſolle, während es in der anderen bei der Freilaſſung per hantradam heißt, daß wer einen bisherigen Unfreien in ſolcher Weiſe freilaſſen wolle, dieſes ſelbzwölfte zu thun habe in loco qui dicitur sanctum. Das letzte Wort wurde nun — keineswegs ohne alle urkundliche Begründung für Xanten genommen, und deßhalb groß geſchrieben und ebenſo bezüglich der erſteren Stelle verfahren. Doch unterliegt es wohl nach mannichfachen Quellenbelegen keinem Zweifel daß hier lediglich von der Ableiſtung des Eides auf die Reliquien die Rede iſt. Auch ſtellten bald einige Holländer, 1837 Snouck Hurgronje und 1840 Beucker Andreä, die Anſicht auf daß das im Mittelalter ſogenannte Hamaland, nach letzterem dieſes und der Maasgau als die Heimath der fraglichen Quelle anzuſehen ſey. Jedenfalls durfte auch die Ueberſchrift in der Metzer Handſchrift notitia vel commemoratio de illa cuua quae se *ad Amorem* habet, nicht unberückſichtigt bleiben, ſowenig als die Erwähnung in Cap. 28 von einem Diebſtahl in Amore. In Beziehung auf dieſen Namen äußerte Jakob Grimm 1850 in der Vorrede zu Merkels Ausgabe des ſaliſchen Volksrechtes: Amor bezeichnet Amorland, nicht die Gegend von Emmerich, vielmehr den comitatus Hamarlant (Pertz III. 373), Hamaland (Zeuß 336), die alte terra Chamavorum.

Was nun Gaupp's Auffaſſung anlangt, verſteht er die zwei ſchon bemerkten Stellen auch von dem Schwur auf die Heiligen, freilich die letzte eigenthümlicherweiſe ſo, daß auf die Stelle welche das Heiligthum genannt werde, geſchworen werde, und man ſo lediglich eine Umſchreibung für das Reliquienkäſtchen habe. Daran nahm mit Recht Zöpfl in ſeiner cuua Chamavorum Anſtand, denn es iſt wirklich nicht zu verkennen daß es ſich hier von einer Oertlichkeit handle, und zwar von der wo der von dem Manumiſſor und ſeinen Sacramentalen zu leiſtende Eid zu ſchwören iſt, einem Orte, in welchen er mit ſeinen Sacramentalen einzutreten hat. Lieb wäre uns geweſen, wenn der Recenſent hiebei ſeine Argumentation nicht von der Behauptung abhängig gemacht hätte daß die Franken in der merowingiſchen Zeit (Mitte des ſechsten Jahrhunderts) alle Eidesleiſtungen als eine

Digitized by Google

rein christliche, dem früheren Heidenthume fremde Einrichtung betrachteten. Denn wie wenig sie diesem fremd waren, und wie gerade der formelle Act hiebei auch insbesondere bezüglich des Ortes sich da wesentlich übereinstimmend findet, darüber stehen treffliche Belege in Maurers Bekehrung des norwegischen Stammes zum Christenthume S. 190—192, 121 und 122. Schon dort bestand das Tempelgebäude aus zwei verschiedenen Abtheilungen, einem Langhause und einem Anbaue, welcher dem Chor in den christlichen Kirchen vergleichbar an jenes sich anschloß. Der letztere bildete das eigentliche Heiligthum. Er pflegte rund gebaut und auch wohl gewölbt zu seyn. In ihm standen im Halbkreise die Götterbilder; vor denselben, also in der Mitte des Halbkreises war der Altar errichtet, und auf ihm lag der heilige Ring, auf welchen alle feierlichen Eide abgelegt wurden. Und was insbesondere eben die Franken betrifft, bemerkt Jakob Grimm in den R. A. S. 903 ausdrücklich, der ripuarische harahus brauche nicht gerade christliche Kirche zu seyn. Doch abgesehen hievon, ist die Auffassung der Stelle als Bezeichnung des Ortes, in welchen die eintreten mußten, welche in der Kirche zu schwören hatten, oder mit anderen Worten als Umschreibung für den christlichen Chor in dieser Zeit gewiß richtig. So aber fallen die vermeintlichen Andeutungen für Fanten weg, auf welches auch der Inhalt der Rechtsquelle in keiner Art hinweist, denn er trägt ein durchaus ostrheinisches Gepräge an sich, und namentlich ist von einem Einfluß römischen Rechts und römischer Einrichtungen nichts darin zu bemerken. Sie schließt sich im allgemeinen an das ripuarische Volksrecht an, obschon auch Anklänge an das salische vorkommen, wie sich Spuren von sächsischen und friesischen Elementen darin finden. Glücklich führt nun Gaupp in dem Abschnitte „die Chamaver und das Hamaland" aus, daß das fragliche Weisthum wirklich dem letzteren angehöre. Wir begnügen uns hieraus nur mitzutheilen, wo man den eigentlichen Kern des Gaues zu suchen habe. Er erstreckte sich nördlich bis jenseits Deventer, südlich bis an den Rhein bei Elten, und vermuthlich war auch noch Emmerich darin begriffen; wenigstens spricht dafür der Umstand daß dieses der Sitz eines Utrechter Archidiakonats war. Die westliche Gränze bildete der Rhein, der drusische Canal, oder wie es jetzt heißt die neue Yssel und die eigentliche

Digitized by Google

Yssel. Oestlich stieß das Land an Westphalen an. Unter den Orten, deren, als im Hamaland gelegen, in Urkunden mehrfach Erwähnung geschieht, sey nur Deventer, Zütphen, Doesburg und Elten hervorgehoben. Von selbst ergibt sich daraus daß Xanten nicht zum Hamalande gehörte. Was endlich noch die Zeit der Abfassung unserer Rechtsquelle anlangt, spricht große Wahrscheinlichkeit dafür daß auf dem durch vielseitige gesetzgeberische Wirksamkeit Karls des Großen ausgezeichneten Reichstage zu Aachen im October 802 auch sie niedergeschrieben worden.

Wir schließen die Anzeige über diese wichtige Erscheinung aus dem Gebiete der deutschen Rechtsquellen mit dem Wunsche, daß vielseitig die ausführlichen Studien Gaupp's und Zöpfl's über diesen Gegenstand benützt und im einzelnen weiter verarbeitet werden mögen. Nur dürfte, was sprachliche Erläuterungen anlangt, nicht gerade öfter verfahren werden, wie der letztere in der Note auf S. 53 einen Ausdruck in der Erklärung des bannus resisus in capitulare Karoli II Pistense anni 864 c. 33 (und nicht 13) quod est lingua theodisca *scastlegi* h. e. armorum depositio behandelt, daß man beinahe einen schlechten Witz dabei vermuthen möchte. Denn so klingt es nahezu wenn man lesen muß: anstatt des unverständlichen scast muß wohl gelesen werden scats-scat, Schatz, Schatzkammer, hier so viel wie Rüstkammer, Zeughaus; noch jetzt bezeichnet im Kartenspiele „in scat legen" soviel als eine Karte vorsorglich zurücklegen. Schon aus der ganz einfachen Betrachtung der jenem Ausdrucke beigefügten Erläuterung h. e. armorum depositio drängt sich ja unwillkürlich die sprachlich kaum zu beanstandende Verbesserung von scastlegi auf, welche um so unbedenklicher aufzunehmen seyn möchte als im capitulare Wormatiense anni 829 capitula mundana sich wirklich scastlegi findet.

R.

---

8) Eduard Laboulaye. Rechtsgutachten in dem Proceß Pescatore. 2te Auflage. Paris 1856.

Am 8 November 1851 wurde in dem spanischen Dorf Renteria ein französischer Reisender Pescatore von dem dortigen

Digitized by Google

Pfarrer in Gegenwart zweier Zeugen mit einer Frau Weber heimlich getraut. Er war von dem Erzbischof von Bordeaux dazu empfohlen worden, und die Abneigung gegen die in Frankreich bestehende Civilform der Eingehung der Ehe wurde als Grund dieser Handlungsweise angegeben. Nach dem Tode desselben wurde gegen die Gültigkeit dieser Ehe von den Erben Einsprache erhoben. Im Interesse derselben erstattete der berühmte Jurist ein Gutachten, welches die Frage der heimlichen Ehe (matrimonium clandestinum, zu unterscheiden von dem matrimonium secretum, das die nothwendigen Formen beobachtet) rechtshistorisch beleuchtet. Wir theilen die Resultate der allgemeinen Untersuchung, die auch außer Frankreich von Interesse sind, in kurzem Auszuge mit.

Die Gesetzgebung über die Ehe blieb im römischen Reich auch nach der Bekehrung Constantins von der Staatsgewalt geordnet; die Kirche beschränkte sich darauf, dem weltlichen Gesetzgeber die Anerkennung der neuen Ideen zu empfehlen. Die bürgerliche Form des Ehevertrags erhielt sich. Erst während des spätern Mittelalters, im 11ten und 12ten Jahrhundert, bemächtigte sich die Kirche der ehelichen Gesetzgebung und allmählig verdrängte die Rücksicht auf die religiöse Bedeutung der Ehe als Sacrament die Idee des bürgerlichen Vertrags. Die Kirche legte zwar auf die Oeffentlichkeit der Form einen Werth, die heimliche Ehe wurde für unerlaubt und bußwürdig erklärt, aber trotzdem ihre Gültigkeit von den Canonisten aufrecht erhalten. Seit dem 16ten Jahrhundert wagten es die französischen Könige wieder, anfangs zwar nur schüchtern, Verordnungen über die Ehe zu erlassen. Ein Edict Heinrichs II von 1556 bedroht die Personen, die sich heimlich verheirathen; mit der Enterbung ihrer Eltern, und erklärt die Rechtsvortheile, welche die Gesetze oder der Vertrag mit der Ehe verbinden, in diesem Fall für verwirkt. Damals schon sprach Pasquier den Wunsch aus, der König möchte weiter gehen und die heimlichen Ehen der Familiensöhne für nichtig erklären. Auch Spanien litt wie Frankreich an diesem Uebel, und die Siete Partidas Alphons des Weisen von 1258 bedrohte den Priester, der bei einer heimlichen Ehe mitgewirkt, und die Ehegatten mit ernsten Strafen; strenger noch sprach sich das castilische Gesetz, der Fuero real von 1260 dagegen aus. Die Gesetze von Toro unter

Digitized by Google

Ferdinand dem Katholischen von 1505 sprachen die Confiscation als Strafe aus.

Das Concilium von Trient unternahm es, auch die kirchliche Gesetzgebung über die heimliche Ehe zu verbessern. Zwar widersetzte sich der Pater Lainez, der General der Jesuiten, den dießfälligen Anträgen. Er machte aufmerksam daß die Unterscheidung zwischen dem Ehevertrag und dem Sacrament, der nicht auszuweichen sey, wenn man jenen unter Umständen für ungültig erkläre, die Ehegesetzgebung der weltlichen Macht überliefere. Aber die Vorstellungen der französischen und spanischen Prälaten, welche von dem König von Frankreich unterstützt wurden, entschieden die Mehrheit der Versammlung (144 gegen 56 Stimmen), eine bestimmte Form, die Erklärung vor dem ordentlichen Pfarrer oder seinem Stellvertreter und vor zwei Zeugen in der Regel nach vorheriger Verkündung als nothwendig vorzuschreiben, und damit eine nicht in dieser Form geschlossene Ehe (heimliche Ehe) zu verwerfen.

Diese Bestimmung des Concils wurde in Spanien als Gesetz betrachtet. In Frankreich dagegen war man mit dem Inhalt einverstanden, aber erkannte die Autorität des Concils in Disciplinarsachen, wohin das Eherecht gehörte, nicht für bindend an. Die weltliche Gesetzgebung führte daher dasselbe Princip ein aus ihrer eigenen Machtvollkommenheit. Die kirchliche Gerichtsbarkeit in Ehesachen blieb zwar noch bestehen, aber wieder nur unter der Voraussetzung daß die Richter die staatlichen Gesetze handhaben. Durch diese wurde nun die Anwesenheit von 4 Zeugen gefordert. Immer mehr gewöhnte man sich daher in Frankreich daran zwischen dem kirchlichen und dem weltlichen Moment in der Ehe zu unterscheiden. Das letztere wurde im Verfolg noch weiter betont. Zur Zeit Ludwigs XIV. war es eine gemeine Meinung der Parlamente, der Canonisten und der Juristen in Frankreich, daß die Ehe voraus als ein bürgerliches Rechtsverhältniß zu betrachten sey, welchem der sacramentale Charakter nachfolge, und daß daher von einem Sacrament auch nicht die Rede seyn könne, wenn nicht ein gültiger Ehevertrag vorausgehe. Als im Jahre 1676 ein gelehrter Theologe den Versuch machte, die kirchliche Gesetzgebung über die Gültigkeit der Ehe wieder auszudehnen, wurde er zurechtgewiesen; die Autorität des

Digitized by Google

Staates wurde von den Juristen entschieden vertheidigt und darauf beharrt, daß nur die Ehe Geltung habe welche der Staat als solche anerkenne.

Durch das Gesetz vom 20 September 1792 wurde zuerst eine rein weltliche Form des Ehevertrags eingeführt und sodann in dem Code Napoléon bestätigt. Der bürgerliche Charakter der Ehe wurde so noch schärfer und klarer hervorgehoben. Der kirchliche trat mehr zurück und wurde der Sitte überlassen. In dem Concordat von 1801 zwischen Napoleon und dem Papste Pius VII. Artikel 54 wurde der veränderte Zustand ausdrücklich anerkannt. Es heißt darin: „die Pfarrer werden die Segnung der Ehe nur denen ertheilen, welche sich ausweisen daß sie die Ehe in der gehörigen Form vor dem Beamten des Civilstandes abgeschlossen haben". Der Staatsrath Portalis sprach sich darüber als Vertreter der Regierung folgendermaßen aus:

„Vormals wurden die Ehen vor dem ordentlichen Pfarrer der Verlobten eingegangen, der zugleich im Namen des Staates bei dem Vertrage mitwirkte und im Namen der Kirche das Sacrament vollzog. Diese Vermischung verschiedener Befugnisse, welche man der nämlichen Person anvertraute, brachte eine Verwirrung in den Ideen hervor. Einige Theologen glauben, daß nur das wahre Ehen seyen, die in Gegenwart der Kirche eingegangen worden. Dieser Irrthum hat verderbliche Folgen. Es begegnet wohl daß einzelne Ehegatten aus Unkenntniß oder mißleitet die Gesetze des Staates vernachlässigen und sich vor dem Priester vertheirathen, ohne zuvor die Civilform zu beachten. Auf solche Weise geben sie durch ungesetzliche Ehen den Stand ihrer Kinder und die Gültigkeit ihrer Verträge preis. Es ist nothwendig dieser Unordnung ein Ende zu machen und die Ruhe der Familien sicher zu stellen. Das Recht die Ehen zu ordnen ist für die bürgerliche Gesellschaft nothwendig. Der Ehevertrag ist die Grundlage der menschlichen Ordnung, und es ist daher ein wesentliches Recht eines jeden Staates, die Bedingungen desselben festzusetzen. Wir verkennen nicht daß die Ehe auch eine Beziehung zur Religion hat, welche sie moralisch leitet und durch ihr Sacrament segnet. Aber daraus folgt nicht die Gerichtsbarkeit der Kirche, sonst müßte man sagen daß die Kirche das Recht habe alles zu regieren, da ihre Moral sich auf alle menschlichen Hand-

Digitized by Google

lungen erstreckt. Wir würden dadurch die alten Irrthümer erneuern, welche die Beziehung aller Handlungen auf das Gewissen benutzten, um darauf das Princip einer allgemeinen Herrschaft der Kirche zu begründen. Auch das Verhältniß der Ehe zum Sacrament ist kein genügender Grund für die kirchliche Competenz über die Ehen. Wir erkennen ja auch die Ehen für gültig an, die von der Kirche nicht geheiligt werden, wie insbesondere alle Ehen der Nichtkatholischen." Sehr bestimmt wurde durch die napoleonische Gesetzgebung die heimliche Ehe verworfen. Der nämliche Portalis äußerte sich darüber: „Entweder muß man auf alle Gesetzgebung über die Ehe verzichten, oder man muß die heimliche Ehe verbannen; die Nichtigkeit derselben ist einleuchtend. Der Mangel der Civilform hat gegenwärtig die nämlichen Wirkungen, welche zuvor der Mangel der Erklärung vor dem ordentlichen Pfarrer gehabt hat. Die (formlose) Ehe ist durchaus nichtig. Es ist das ein nicht zu duldender Versuch, die Rechte der Gesellschaft zu mißachten und die gesetzliche Ordnung zu durchbrechen."

Die spanische Gesetzgebung ist noch auf der Stufe, welche Frankreich zur Zeit Ludwigs XIV inne hatte. Es zeigt sich in ihr allerdings auch eine fortschreitende Macht; die kirchlichen Gesetze wurden theils bestätigt, theils erweitert und verschärft, aber in der Hauptsache gilt noch die Bestimmung des Concils von Trient. Das bürgerliche und religiöse Moment sind noch nicht so unter- und ausgeschieden wie im französischen Recht, und die kirchliche Gerichtsbarkeit dauert fort. Indessen verwirft das spanische Recht ebenfalls mit Bestimmtheit die heimliche Ehe als ungültig. Bl.

---

9) J. de Wal, Accisusbrief van Harlem in 1274. Leyden 1856.

Bisher galt die Meinung daß die städtische Accise in Holland zuerst im XIV. Jahrhundert eingeführt worden sey. In dieser akademischen Schrift wird nun ein ausführlicher in lateinischer Sprache verfaßter Accisebrief für die Stadt Harlem von 1276 mitgetheilt und durch holländische Anmerkungen erläutert. Der Graf von Holland Florencius ertheilt darin auf die Bitte der

Digitized by Google

Einwohner seiner freien Stadt Harlem im Interesse der Befestigung der Stadt „talem assiciam auf die nächsten 10 Jahre." Das Umgeld wird von dem gekauften Wein, von Bier, Getreide, Brod und Kramwaaren, gekauftem Vieh, Holz, Eisen u. s. f. bezogen, und überhaupt der ganze städtische Verkehr zu Gunsten des gemeinen Stadtsäckels ziemlich stark belastet.

Bl.

---

10) Geschichte der mecklenburgischen Landstände bis zum Jahre 1555; mit einem Urkundenanhang von Dr. Carl Hegel; Rostock Stiller'sche Hofbuchhandlung 1856; VIII. 215 S. 8.

Nach einer kurzen Schilderung der alten slavischen Verfassungszustände weist der Verfasser nach, wie Mecklenburg durch die Stiftung von Bisthümern und Klöstern, die Gründung von Städten, die Einwanderung von Rittersleuten, dann die hiemit in Verbindung stehende massenweise Ansiedelung geringeren Volkes rasch germanisirt wurde, und im Zusammenhange damit die Landeshoheit sowohl als die Standesverhältnisse und Standesvorrechte der deutschen Verfassung daselbst Wurzel faßten. Die Privilegien, welche demzufolge den Bisthümern, Klöstern und Kirchen, dann der Mannschaft, endlich den Städten und den Stadtbürgern im 13 Jahrhundert zukamen, werden urkundlich nachgewiesen, und nicht minder die Lage der Bauerschaft als eines nicht privilegirten, vielmehr theils von den eben aufgezählten Classen, theils unmittelbar vom Landesherrn abhängigen Standes bezeichnet. — Wir erfahren sodann, wie die Vasallen und Städte, zumal die beiden Seestädte Rostock und Wismar, schon früh auf die Landesregierung Einfluß gewinnen. Nicht nur gehen aus ihrer Mitte die „getreuen Räthe" hervor, welche die beständigen Rathgeber des Fürsten bilden, sondern auch in weiterem Umfange pflegen die majores, seniores, sapientes des Landes zu wichtigeren Angelegenheiten desselben beigezogen zu werden; andererseits können dann aber auch die Stände zu außerordentlichen Bedürfnissen der Regierung ihre Beihülfe nicht versagen, wenn auch über den Betrag der hergebrachten ordentlichen Bede und Orbör hinausgehende Steuern von wenigen Ausnahmsfällen (Auslösung des Landesherrn aus der Gefangenschaft, Aussteuer seiner Töchter, Ritterschlag seiner Söhne)

Digitized by Google

abgesehen jederzeit als freie Gabe erscheinen, und deßhalb auch deren Bewilligung von Gegenleistungen des Fürsten abhängig gemacht werden mag. Schon durch solche Gegenleistungen, dann durch zahlreiche Erwerbe von Gütern und Rechten zu deren Veräußerung finanzielle Bedrängnisse die Landesherren nöthigten, stieg die Macht der Stände; mehr wird dieselbe befestigt durch die landschaftlichen Verbände, in welchen von Anfang an die Stände der einzelnen Stadtbezirke und Vogteien stehen, und welche sich später im Anschlusse an die gemeinsamen dynastischen Geschicke dieser oder jener Landestheile in weiterem Umfange ausbilden. Das freie Einigungsrecht, dessen die Stände sich ungeschmälert erfreuten, gab endlich ihrer Stellung eine weitere Stütze, welcher sie wiederholt, zu eigenem wie zu des Landes und Landesherrn Nutz und Frommen, sich zu bedienen wußten. — Die für die Geschichte der Landeshoheit und der Landstände in ganz Deutschland so wichtige Zeit zwischen der Mitte des 15. und 16. Jahrhunderts ist . . sodann, welche auch in Mecklenburg zu festerer Gestaltung dieser wie jener führt. Wenn bereits früher für das Land Stargard, dann für das Land zu Wenden umfassendere landschaftliche Verbände sich festgestellt hatten, so schließt sich nunmehr als ein drittes Glied das Land zu Mecklenburg ab; für wichtigere Angelegenheiten, zumal die Verwilligung von Steuern oder Kriegshülfen, werden die Landtage jedes dieser drei Lande besonders berufen, während in minder wichtigen Sachen durch die Räthe des Landes, welche von den fürstlichen Räthen von Adel sowohl als von den im Anfange des 16. Jahrhunderts aufkommenden gelehrten Hofräthen wohl zu scheiden sind, noch immer eine Art ständischer Mitregierung geübt wird. Bald erscheint es zweckmäßiger von der successiven Verhandlung mit den einzelnen Sonderlandtagen wenigstens in gewissen Fällen abzugehen; seit dem Ende des 15. Jahrh. kommen öfter Zusammenkünfte von Ständen aus dem ganzen Lande vor, seit dem Anfange des 16. Jahrh. werden die „gemeinen Landtage" häufig: die Sonderlandtage verlieren sich allmählich ihnen gegenüber, wiewohl die Scheidung der 3 Lande noch gegenwärtig der Kreiseintheilung Mecklenburgs zu Grunde liegt. Die Zusammensetzung der Landtage hatte aber inzwischen insoferne eine Aenderung erlitten, als zu der Mannschaft (später auch als Ritterschaft oder Adel bezeichnet) und den Städten seit etwa

Digitized by Google

der Mitte des 15. Jahrhunderts die Prälaten als ein weiterer Stand hinzutraten, während sie früher, auf ihr Verhältniß zur Kirche mehr Gewicht legend als auf ihr Verhältniß zum Lande, an den ständischen Angelegenheiten gar keinen, oder doch keinen selbständigen Antheil genommen hatten. Ihre Betheiligung ist indessen nur eine vorübergehende, indem die auch in Mecklenburg durchgeführte Reformation ihnen bald den Grund unter den Füßen wegzieht; der Landtag von 1549 ist der letzte der von den Prälaten besucht wird.

Die hiernach bereits vordem gegebene Einheit der Stände des Gesammtlandes fand aber ihren formellen Ausdruck in der Union von 1523. Wohl nicht ohne Zuthun H. Heinrichs war diese zunächst hervorgerufen worden durch das einseitige Dringen H. Albrechts auf Landestheilung; sie schuf aber zugleich für die Stände ein festeres Band, und in einem niedergesetzten Ausschusse überdieß ein kräftiges Organ für deren Wirksamkeit, und wiederholt wird darum von der Landschaft behufs gemeinsamer Vertheidigung gegen landesherrliche Anforderungen auf dieselbe zurückgegriffen. Neue Theilungsprojecte, dießmal von Herzog Ulrich gegen H. Johann Albrecht mit allem Ungestüm verfochten, führten endlich zu einer förmlichen Wiederherstellung des Unionsausschusses (1554). Auch dießmal wurde durch die Stände die wirkliche Theilung des Landes verhindert, dagegen aber auch die vollständige Uebernahme der fürstlichen Schulden verwilligt; ein eigener Ausschuß wurde mit der Erhebung und Verwendung einer behufs ihrer Tilgung bewilligten reichlichen Steuer beauftragt. Das langsame Fortschreiten des Tilgungsgeschäftes und das stete Anwachsen neuer Schulden zwang zu fortwährender Erneuerung dieses letzteren Ausschusses, in welchem schon früh jener erstere aufgegangen zu seyn scheint; aus ihm bildete sich im 17. Jahrhundert der sog. engere Ausschuß heraus. Als ein weiteres Organ der Stände erscheinen sodann noch die Landräthe, welche, anfänglich die Vermittler zwischen Landesherrschaft und Ständen, von der ersteren allmählich auf die Seite geschoben werden wollen und eben darum in immer nähere Beziehungen zu den letzteren treten, und schließlich, vom Landesherrn auf Vorschlag der Stände aus deren Mitte ernannt, geradezu in den landständischen Ausschuß eintreten; ferner die gelehrten Fürsprecher der Stände, welche seit der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts vorkommen, und aus

Digitized by Google

deren Stellung nachmals das Amt eines beständigen Landsyndicus hervorgeht. Im übrigen sind die Landtage bezüglich ihres Orts, ihrer Zeit, dann auch der Fristen ihrer Wiederkehr noch an keine feste Ordnung gebunden, und auch ihre Rechte sind noch keineswegs bestimmt abgegränzt; doch versichert ihnen der Receß von 1555 nicht nur im allgemeinen die hergebrachten Privilegien und Freiheiten, sowie die Erhaltung des evangelischen Glaubens, sondern auch insbesondere das Steuerverwilligungsrecht, und zwar auch bezüglich der gewöhnlichen Beden und Landhülfen. Hierin lag aber um so mehr das Fundamentalrecht der Stände, als deren übrige Befugnisse (Mitwirkung bei der Gesetzgebung und Rechtspflege, bei der Ausführung der Polizeigesetze und Kirchenordnung, endlich auch bei der Erhebung und Verwendung der Steuern) aus ihrer obrigkeitlichen Stellung zu ihren eigenen Unterfassen sich von selbst ergaben. In dem zähen Festhalten an ihrem Steuerverwilligungsrechte, zumal in der den deutschen Landständen so gefährlichen Zeit von der Mitte des 17. bis zur Mitte des 18. Jahrh., ist denn auch der wesentliche Grund zu suchen für den dauernden Bestand der Landstände in Mecklenburg, nicht in der Union von 1523, welche zwar nicht unwesentlich zur Erhaltung der ständischen Rechte beigetragen hat, aber ebensowenig die Hauptursache des Fortbestandes als die Grundlage und der Anfang der landständischen Verfassung jenes Landes ist. Durch den landesgrundgesetzlichen Erbvergleich von 1755, welcher noch jetzt das Grundgesetz beider Großherzogthümer bildet, erlangte die Landschaft endlich nach hartem Kampfe die Bestätigung und zum Theil nähere Bestimmung ihrer Privilegien, und zugleich die ausdrückliche Anerkennung ihrer Union und die Festsetzung der ordentlichen Contribution.

Ein reicher Urkundenanhang (S. 151 — 215), welchen der Verfasser seiner vortrefflichen Schrift beigegeben hat, bewährt und erhöht zugleich deren Werth für den deutschen Historiker und Juristen. Mr.

Digitized by Google

11) Ueber die Anfänge der Vasallität, von Georg Waitz; (aus dem siebenten Bande der Abhandlungen der königl. Gesellschaft der Wissenschaften zu Göttingen); Göttingen, Dieterichsche Buchhandlung 1856; 4. 78 S.

In seiner trefflichen Geschichte des Beneficialwesens (1850) hat bekanntlich P. Roth im Widerspruch mit den bis dahin herrschenden Ansichten die Meinung ausgeführt, daß nicht nur in der ältesten Zeit das Halten einer Gefolgschaft ausschließliches Vorrecht der Könige und Gaufürsten gewesen sey, sondern daß es auch in dem merowingischen Reiche keine Privatgefolgschaften gegeben habe. In den königl. Antrustionen lebe der alte comitatus fort; seiner Natur nach von geringer Ausdehnung, habe sich dieser niemals über ganze Völker zu erstrecken oder ganze Heere zu bilden vermocht, eben so wenig sey aber zwischen ihm und dem allgemeinen Unterthanenverbande noch für eine weitere Classe königl. Dienstleute Raum, wie man eine solche in den Besitzern von Krongut wohl hatte finden wollen. Nicht auf irgend welcher besonderen Verpflichtung dieser oder jener Classe, sondern auf der allgemeinen Unterthanenpflicht, mit welcher alle Staatsangehörigen ohne Ausnahme dem Könige zugethan waren, habe die fränkische Staatsordnung, habe insbesondere auch das fränkische Heerwesen unter den Merowingern beruht, und die Verleihung von Krongut habe den Empfängern, weil sie jederzeit zu vollem und erblichem Eigen gegangen sey, besondere Verpflichtungen aufzulegen gar nicht vermocht. Erst unter den Karolingern soll dann eine durchgreifende Aenderung dieser Zustände erfolgt, und im wesentlichen bereits im Laufe des 8. Jahrhunderts vollzogen worden seyn. Um die abhängigen Leute sicherer zur Ableistung der auch ihnen vermöge ihrer persönlichen Freiheit obliegenden Kriegspflicht anhalten zu können, habe man sie fortan unter ihrem Herrn ausziehen lassen, und zu diesem Behufe selbst die hohe Geistlichkeit heerpflichtig gemacht; damit sey aber der Seniorat entstanden. Die Vergabung von Krongut habe man nunmehr als ein Mittel zu politisch-militärischen Zwecken benützt, und nur noch zu abhängigem und wenig dauerhaftem Besitzrechte solches ausgethan, um der Beliehenen sich fester zu versichern und zugleich die Zahl der Heimfälle, und damit die Masse des verfügbaren Gutes zu mehren; damit aber habe das Beneficialwesen seinen Anfang genommen.

Digitized by Google

Die großartige Säculariſation des Kirchengutes, welche nicht zwar unter Carl Martell aber doch unter ſeinen Söhnen durchgeführt worden ſey, habe die Mittel verſchaffen müſſen, um durch ſolche Vergabungen die mächtigen Herren feſter an den Thron zu knüpfen, und die Art, in welcher das nur halbwegs eingezogene Gut verwendet werden mußte, habe zugleich zur Ausbreitung der Beneficienverleihung wesentlich beigetragen. Dabei ſollen in den kgl. Vaſſallen unter geändertem Namen die alten Antruſtionen fortleben, während die Vaſſallen von Privatherren, von deren freien Hinterſaßen durchaus zu unterſcheiden, mit dem Seniorate erſt neu entſtandene Privatgefolgſchaften bilden; die Beneficien, deren Beſitz auch jetzt noch rechtlich keinerlei Verpflichtungen perſönlicher Art auflege, ſollen dabei doch thatſächlich mit dem Vaſſallenthum in eine regelmäßige Verbindung getreten ſeyn. Auch jetzt noch habe zwar der Staat, habe insbeſondere auch das Heerweſen auf der allgemeinen Unterthanenpflicht geruht; allein der Seniorat habe allmählich beſtimmter hervorzutreten angefangen, und damit der Auflöſungsproceß im geſammten Staatsleben ſeinen Anfang genommen.

An Roth's Werk knüpft nun die obige Abhandlung von Waitz an, theils dasſelbe vervollſtändigend, theils es auch bekämpfend. Zunächſt wird etwas überſichtlicher, theilweiſe auch etwas einläßlicher als dieß bei Roth der Fall iſt, von dem Zuſtande der Vaſſallität (S. 5 — 23) und des Beneficialweſens (S. 23 — 49) in der karolingiſchen Zeit gehandelt, ſodann aber auf die Erörterung der Entſtehungsgeſchichte des einen und anderen Inſtitutes eingegangen (S. 49 — 65, dann S. 65 — 74). In dieſer letzteren Beziehung ſieht aber auch W. in der Haltung eines comitatus fortwährend ein fürſtliches Vorrecht und läugnet demnach wie Roth die Exiſtenz von Privatgefolgſchaften; aber freilich nicht bloß für die merowingiſche, ſondern in ganz gleicher Weiſe auch noch für die karolingiſche Zeit. Auch er erkennt in den Antruſtionen des Frankenkönigs die Fortſetzung des früheren Comitates; allein er läugnet den Zuſammenhang der erſteren mit der ſpäteren königl. Vaſſallenſchaft, welche ihm vielmehr eine aus völlig anderer Wurzel erwachſene ſelbſtändige Bildung iſt, deren Wachsthum freilich mit der Zeit die trustis dominica überwuchert und aufgezehrt habe. Im beſtimmteſten Widerſpruche mit Roth ſucht ferner

Digitized by Google

W. die Anfänge der Vassallität sowohl als des Beneficialwesens bereits in die merowingische Zeit zurückzuführen, und will beide von den Karolingern nur gefördert und weiter ausgebildet, nicht neu geschaffen wissen; weit entschiedener noch als dieß in seiner deutschen Verfassungsgeschichte geschehen war (1844 und 1847), lehnt derselbe aber jeden Gedanken ab an eine Begründung der merowingischen Monarchie auf das eine oder andere Institut, und scheint demnach nunmehr die dort noch festgehaltene Leudestheorie ebenso preisgeben zu wollen, wie er selbst bereits vordem die Begründung von Königthum und Staat auf die Gefolgschaft erfolgreich bekämpft hatte. Den Ausgangspunkt der Vassallität will W. dabei in den zahlreichen Anwendungen der Commendation finden, welche bereits für die merowingische Zeit nachgewiesen werden können, und erst sehr allmählich habe der Ausdruck, der ursprünglich auch die freien Hintersassen mit umfaßt habe, auf die höheren Arten der Commendation sich beschränkt; die Beneficien dagegen sollen, wie der Verfasser dieß schon früher nachzuweisen versucht hatte, trotz aller Einwendungen Roth's einerseits an die schon früher bei der Kirche wie bei weltlichen Herren vorgekommenen Landverleihungen zu ususfructus, andererseits an die königlichen Vergabungen von Kronland angeknüpft werden, an welchen letzteren nur ein freilich mit sehr unbestimmter Abgränzung beschränktes Eigenthum den Empfängern zugestanden habe; auch der Ausdruck beneficium, anfangs auf die verschiedenartigsten Landleihen angewandt, sey erst später auf die Güter beschränkt worden, deren Empfang eine Commendation vorausgesetzt habe. Auch die Verbindung der Vassallität mit dem Beneficialwesen soll in ihren Anfängen schon der merovingischen Zeit angehören: sie soll in der Weise sich ergeben haben, daß zwar nicht alle Vassallen Beneficien besitzen, wohl aber umgekehrt alle Besitzer von Beneficien die Vassallenpflicht übernehmen mußten. In der großen Säcularisation des Kirchengutes seitens der ersten Karolinger will endlich der Verfasser keineswegs etwas absolut neues sehen, und derselben nur einen befördernden, nicht aber neuschaffenden Einfluß auf das Beneficialwesen zugestanden wissen.

In das Detail der beiderseits versuchten Beweisführungen einzugehen oder gar auf selbständig geführte Erörterungen eine eigene Ansicht zu begründen, wäre hier nicht am Ort; doch mag

Digitized by Google

verstattet seyn daß kurz angedeutet werde, wie weit der eine und der andere der beiden Gegner, oder auch keiner von beiden, uns im Recht zu seyn scheine. Recht scheint uns nun Waitz zu haben, wenn er seine frühere Ansicht über die Entstehung der Beneficien auch jetzt noch fest hält, umd gegen Roths müheselige Deductionen geltend macht, daß das Zusammentreffen sehr zahlreicher Zeugnisse wohl einige Mängel manches einzelnen zu decken vermöge, zumal wenn der weitere Verlauf der Entwickelung mit jenen im Einklang stehe; etwas größere juristische Schärfe dürfte freilich jener Theorie nöthig seyn, aber auch unschwer gegeben werden können, wenn man auf die eigenthümliche Auffassung der Geschenke im germanischen Alterthum etwas mehr Gewicht legen wollte. Auch darin müssen wir uns mit W. einverstanden erklären, daß derselbe bereits in der merovingischen Zeit die Anfänge der Vassallität als gegeben annimmt; daß derselbe aber alle und jede Fälle einer Commendation auf das Vassallenthum beziehen zu dürfen glaubt, halten wir für ebensowenig gerechtfertigt, als die gegen Roth gerichtete Behauptung daß die späteren vassi dominici mit der alten trustis regia in keinem geschichtlichen Zusammenhange stehen. Vielmehr scheint uns folgender Sachverhalt der wahrscheinliche. Von Anfang an gab es bei den Franken wie bei anderen deutschen Stämmen in Privathäusern so gut als am Königshofe neben der unfreien auch eine freie Hausdienerschaft; der von Roth geführte Beweis daß die Ausdrücke puer, familia, gasindius u. dergl. nicht selten Unfreie bezeichnen, kann uns in dieser Annahme ebensowenig irre machen als dessen Verweisung auf die Niedrigkeit der Dienste, welche solche Leute zu leisten pflegen; die für andere Stämme erhaltenen in einheimischer Sprache aufgezeichneten Quellen thun dar, daß derartige Ausdrücke nur das beiderseits gleiche Verhältniß zum Herrn ins Auge fassend unfreie wie freie Diener zugleich begreifen, und nicht minder lassen sie erkennen daß niedrige Hausdienste allerdings auch von freien Privatdienern geleistet wurden. Der Ausdruck vassus selbst bezeichnet nachweisbar schon in der merowingischen Zeit bald freie bald unfreie Dienstleute; von der Hausdienerschaft mag er mit der Zeit, wie dieß bezüglich der angelsächsischen gesidhas und der norwegischen huskarlar sich nachweisen läßt, auf Leute übergegangen seyn, welche durch Commendation eine Dienstpflicht übernahmen ohne doch ständig im Hause ihres

Digitized by Google

Herrn zu wohnen und ohne darum die häuslichen Dienste regelmäßig zu verrichten. Daß endlich eine Verbindung dieser Dienstpflicht mit den Vergabungen von Land sich schon früh in der Art geltend machen mußte, daß einerseits gerade die Dienstleute vorzugsweise mit solchen Zuwendungen bedacht wurden, andererseits auch die Zusicherung einer solchen für manchen der Grund seiner Uebernahme der Dienstpflicht werden mochte, ist natürlich; mehr als solche rein factische und keineswegs nothwendig allgemeine Beziehungen möchten wir aber, mit Roth hierin einverstanden, nicht zugeben.

Zum Schluß noch eine Bemerkung. In einer Reihe von Einzelnheiten scheint uns Waitz gegen Roth im Recht zu seyn, bezüglich einer Reihe anderer Punkte keiner von beiden das richtige getroffen zu haben. Dem gegenüber muß nun aber noch besonders hervorgehoben werden daß alle solche Differenzen dem Werthe der Roth'schen Darstellung in ihren Hauptpunkten keinerlei Abbruch thun. Das große Verdienst seiner Schrift liegt darin, daß sie die staatliche Grundlage des merowingischen Königthums gegen die frühere Meinung siegreich erwiesen, daß sie zur Evidenz dargethan hat, wie erst in der karolingischen Zeit persönliche und dingliche Privatverbände eine den Unterthanenverband bedrohende Bedeutung zu gewinnen begonnen haben. Beide Ergebnisse bleiben bestehen, man mag nun über die ersten Anfänge des Vassallenthums und Beneficialwesens diese oder jene Meinung hegen; es sind derartige Controversen, nachdem Roth gezeigt hat, daß jedenfalls unter den Merowingern der Empfang von Krongut und die Dienstpflicht gegen einen Privatherrn keinerlei durchgreifende politische Bedeutung gehabt hat, fortan nur noch antiquarische Curiositäten, Detailfragen ohne höheren geschichtlichen Werth.

Mr.

---

12) Kong Christian den fjerdes Norske Lovbog af 1604. Efter Foranstaltning af det akademiske Kollegium ved det Kongelige Norske Frederiks Universitet udgiven af *Fr. Hallager* og *Fr. Brandt;* Christiania, Feilberg og Landmark. 1855 8°; XXVI. u. 200 S.

Ein wunderliches Product der Legislation ist K. Christians IV norwegisches Gesetzbuch. Bis in das 16 Jahrhundert herein

Digitized by Google

hatte in Norwegen das für seine Entstehungszeit vortreffliche Landrecht Geltung gehabt, durch welches König Magnus der Gesetzverbesserer um 1275 die alten Provincialrechte seines Reichs ersetzt hatte. Durch eine Reihe von Novellen war dasselbe bereits unter der einheimischen Dynastie in einzelnen Punkten modificirt worden; unter den Unionskönigen (1387 — 1537) hatte überdieß das dänische Recht auf die norwegische Praxis Einfluß gewonnen und dieser Einfluß war verstärkt worden, seitdem das Reich seine Selbständigkeit eingebüßt und in eine dänische Provinz sich verwandelt hatte. Die Verwirrung in der Rechtspflege, schon durch diese Conflicte älterer und neuerer Gesetze, norwegischen und dänischen Rechts begründet, wurde aber noch dadurch gesteigert daß ein großer Theil der Bestimmungen des alten Landrechts, wiewohl gesetzlich nicht abgeschafft, doch den geänderten Zeitverhältnissen nach nicht mehr anwendbar erscheinen konnte, und zu allem dem kam noch die Unsicherheit des Textes hinzu, der, nie gedruckt, in den abweichendsten Handschriften umlief und bei der Seltenheit dieser letztern vielen Richtern nicht einmal zugänglich war; endlich die Unverständlichkeit der alten Sprache, welche viele, zumal dänische Beamte nöthigte, mit verschiedenartigen, uncorrecten Uebersetzungen sich zu behelfen. Kein Wunder, wenn bereits um die Mitte des 16ten Jahrhunderts das Bedürfniß nach einer officiellen Revision der Gesetzgebung sich kund gab; um so auffallender aber, daß Decennien hindurch alle Versuche zu einer solchen zu gelangen vergeblich blieben. Weder K. Christian III. noch K. Friederich II. konnte eine Aufbesserung der norw. Gesetzgebung zu Stande bringen, obwohl jener im Jahre 1557, dieser im Jahre 1572 ernstliche Schritte in dieser Beziehung gethan hatte, und auch die Bemühungen der vormundschaftlichen Regierung für Christian IV. blieben (1592 und 93) erfolglos; erst diesem letzteren Könige war es vorbehalten bei seiner persönlichen Anwesenheit in Norwegen (1602) die Sache in Gang zu bringen; im Jahre 1604 kam endlich das lang ersehnte Gesetzbuch zu Stande und wurde im Jahre 1605 publicirt. — An eine durchgreifende Umredaction des älteren Landrechts, an eine erschöpfende Codification des geltenden Rechts war inzwischen bei dieser neuen Arbeit nicht gedacht worden, und konnte in der That bei dem heillosen Zustande des norwegischen Beamtenthums nicht gedacht werden; man beabsichtigte vielmehr

Digitized by Google

lediglich einen correcten Text des alten Landrechts, einschließlich der demselben einverleibten Novellen in moderner Sprache herzustellen, in welchem alles Antiquirte weggelassen und alles im Laufe der Zeit Geänderte entsprechend berichtigt werden sollte. Selbst diesem bescheidenen Maße der Anforderungen entsprach aber die Ausführung keineswegs. In größter Ausdehnung sind absolut antiquirte Institute wieder aufgenommen, die alte Heeresverfassung, das alte Gerichtsverfahren mit seinem Eidhelfersystem, das Strafrecht mit seinen Bußtarifen figurirt nach wie vor, als ob zwischen dem 13ten und 17ten Jahrhundert nichts in Mitte läge. Dabei macht sich die Unkenntniß der alten Rechtszustände sowohl als der alten Rechtssprache in der eigenthümlichsten Weise geltend; man kann den Herausgebern der Quelle nicht Unrecht geben, wenn sie in ihrer vortrefflichen geschichtlichen Einleitung meinen, lediglich vom legislatorischen Standpunkte aus betrachtet habe Christian IV. durch sein Gesetzbuch nichts besser, wohl aber manches schlechter gemacht als vordem, während freilich praktisch immerhin damit viel gewonnen seyn mußte, daß wenigstens ein officieller, jedermann zugänglicher Text des Gesetzes hergestellt wurde. So werthlos hiernach das Gesetzbuch von 1604 als legislatorisches Product erscheinen muß, so groß ist doch dessen Bedeutung für den Rechtshistoriker; weniger wegen der 80 Jahre, die es in Geltung war, als weil dasselbe einerseits eine Hauptquelle für K. Christians V. norwegisches Gesetzbuch vom Jahre 1687 bildet, andererseits aber recht deutlich erkennen läßt, wie man am Ende des 16ten Jahrhunderts das alte Landrecht in Norwegen verstand, und was von demselben damals bereits unverständlich geworden war. Zumal nach dieser letzteren Seite hin hat die obige neue Ausgabe auch für den deutschen Juristen Bedeutung; dieselbe folgt getreu der als Original zu betrachtenden Ausgabe von 1604, ein sehr dankenswerthes Verdienst aber haben sich die Herausgeber erworben durch die Beifügung von Nachweisungen der Quellen, aus denen das Gesetzbuch geschöpft hat, und andererseits der Artikel des Gesetzbuches Christians V., welche aus ihm geflossen sind.

Mr.

Digitized by Google

XVIII.

Inhalt der juristischen Zeitschriften*).

1) Archiv für die civilistische Praxis Bd. XXXIX (1856)**).

I. Die Lehre von der Zwangsenteignung oder Expropriation, historisch-dogmatisch erörtert von Dr. C. F. W. J. Häberlin, Professor der Rechte zu Greifswald. S. 1.
Fortsetzung unter Nr. VIII. S. 147.

II. Ueber das Verhältniß des Pfandgläubigers zu demjenigen, welcher die Pfandsache beschädigt oder vernichtet. Von A. Stötzel, Obergerichtsreferendar in Cassel. S. 47.

III. Ueber die Verschiedenheit der Stellung des Beweisverfahrens ꝛc. Von Dr. J. Rau in München. Schluß des Aufsatzes Nr. XVII im vorigen Bande. S. 72.

IV. Wie lassen sich die Uebelstände beseitigen, die aus der Verschiedenheit des Verfahrens in Civil- und Strafsachen entspringen? Nachtrag zu dem Aufsatze Nr. III Bd 37 dieses Archivs. Von F. B. Busch, Vicepräsidenten beim Appellationsgerichte zu Eisenach S. 86.

V. Ueber die Legitimationen im Processe. Von Krüger, Criminalrath in Bützow. S. 113.

VI. Warum schadet die mora eines correus debendi nur dem, der sie verschuldet, ein sonstiges Factum aber allen? Von Dr. C. Wirth in Erlangen. S. 123.

VII. Das richterliche Pfandrecht nach den neuesten Zeugnissen der Fortbildung in der Gesetzgebung nach den neuesten Erfahrungen über die Folge der Aufhebung dieses Pfanderchts in einigen Gesetzgebungen. Von Mittermaier. S. 133.

---

*) Wir beginnen hiemit unserer oben (S. 407) gegebenen Zusage entsprechend den Bericht über den Inhalt der juristischen Zeitschriften, und wir beabsichtigen ihn mit möglichster Vollständigkeit fortzusetzen, um dadurch eine vielfach empfundene Lücke bezüglich der Kenntniß der rechtswissenschaftlichen Leistungen auszufüllen. Nur ausnahmsweise wird bei den deutschen Zeitschriften ein mehr oder minder vollständiger Auszug aus den einzelnen Abhandlungen gegeben werden, wogegen dieses bei dem Berichte über die ausländischen Zeitschriften die Regel bilden soll.

**) Vergl. oben S. 99 — 105.

Digitized by Google

IX. Von welchem Zeitpunkt an läuft den Kirchen das quadriennium restitutionis? Von Dr. Vermehren, Oberappellationsrath in Jena. S. 218.

X. Ueber Erwerbung mehrerer Erbportionen. Von Dr. C. Fuchs, Privatdocenten zu Marburg. S. 233.

XI. Von der Wirkung des Criminalerkenntnisses auf die Entscheidung des Civilpunktes von Gustav Simon, Rechtsanwalt in Leipzig. S. 247.

XII. Das Fragerecht der Parteien im bürgerlichen Verfahren als ein bedeutendes Mittel der Verbesserung der Civilproceßgesetzgebung. Von Mittermaier. S. 273.

XIII. Ueber den Begriff der Bedingung. Von Dr. Fitting, Privatdocenten in Heidelberg. S. 350.

XIV. Der antichretische Pfandgläubiger ist nicht verbunden, sein Pfand an die Concursmasse seines Schuldners abzuliefern. Von Dr. Friedr. Zimmermann, Hofgerichtsrath zu Gießen. S. 350.

XV. Die Anerkennung einer Reallast vor dem Richter der belegenen Sache gilt nach deutscher Rechtsgewohnheit als Erwerbstitel und bildet den speciellen Klagegrund bei Confessorienklagen. Von F. B. Busch, Vicepräsidenten bei dem Appellationsgerichte zu Eisenach. S. 358.

XVI. Die neuesten Leistungen auf dem Gebiete der Civilproceßgesetzgebung, insbesondere das Gesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte der Schweiz, der Entwurf einer Civilproceßordnung für das Großherzogthum Hessen und der Entwurf eines Gesetzes betreffend den bürgerlichen Proceß für das Großherzogthum Oldenburg, geprüft von Mittermaier. S. 378.

XVII. Von der Verpflichtung der Unmündigen. Von Dr. Goldschmidt, Privatdocenten zu Heidelberg. S. 417.

---

2) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß*), neue Folge Bd. XIII. (1856).

I. Beiträge zur Lehre von den Einreden und zur Lehre von der Beweislast. Von Carl Reinhold, Assessor zu Sondershausen. S. 1. Fortsetzung unter Nr. VI. S. 157.

II. Beiträge zur Lehre über das Austrägalverfahren auf Grund des Artikels 30 der Wiener Schlußacte. Von v. Linde. S. 39. Fortsetzung unter Nr. VIII. (vergl. auch Nr. X.) S. 241.

III. Ueber den Grund und die rechtliche Bedeutung der Formlosigkeit

---

*) Vergl. oben S. 105 — 112.

Digitized by Google

der Verträge nach heutigem Rechte. Von Oberappellationsrath Prof. Dr. Heimbach zu Jena. S. 91.

IV. Die Lehre von der civilrechtlichen Haftbarkeit der Behörden. Von Dr. Gust. Adolph Schlayer in Geißlingen. S. 120.

V. Bemerkungen über die Alimentationspflicht; insbesondere zwischen Eltern und Kindern. Von Justizrath Reinhard in Ehrenbreitstein. S. 140.

VII. Von der Collision des Hauptbeweises und directen Gegenbeweises Von Dr. C. Bolgiano, Professor in München. S. 206.
Fortsetzung unter Nr. XI. S. 331.

IX. Ueber die L. 28 D. de jure fisci (49, 14), sowie über die L. 3 §. 7. D. de adim. legat. (34, 4) und die L. 10 D. de reb. dub. (34, 5). Von Universitätssecretär Dr. Riedel in Göttingen. S. 286.

X. Ueber die Concurrenz der Landesgerichte mit der Austrägalinstanz in Fällen des Art. 30 der Wiener Schlußacte. Von v. Linde. S. 297.

XII. Ueber die Beweislast bei der actio negatoria. Von Dr. Hermann Witte in Berlin. S. 378.

XIII. Beitrag zur Lehre vom mandatum post mortem. Von Dr. Gust. Dietzel, Professor an der Universität Leipzig. S. 424.

Bd. XIV. Heft 1.

I. P. Rutilius Rufus od. A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium. Von Dr. Huschke geh. Justizrath und Professor in Breslau. S. 1 — 130.

II. Ueber die Beweislast bei der actio negatoria. Von Dr. Hermann Witte in Berlin. S. 131.

---

8) Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. Von Beseler, Reyscher und Wilda.

Inhalt des XVI. Bandes.

I. Zur Staats- und Rechtsgeschichte der Wetterau. Mit besonderer Rücksicht auf die durch den Gesammtverein der deutschen Geschichts- und Alterthums-Vereine herausgegebene „Beschreibung des Gaues Wettereiba" von Dr. G. Landau, Kassel 1855 von Dr. Eduard Wippermann in Marburg. S. 1.

II. Beitrag zu den deutschen Rechtssprüchwörtern. Von Professor Sachße in Heidelberg. S. 87.

III. Gemeindesachen und Rechte der Einzelnen. Von Reyscher. S. 133.

IV. Ueber angelsächsische Markverfassung, insbesondere als Grundlage des Städtewesens, der grundherrlichen Gerichte und des Verfah-

Digitized by Google

rens durch Geschworne. Von Wilhelm Maurer, Dr. der Philosophie in Darmstadt. S. 201.
V. Die öffentliche Anklage in Deutschland mit besonderer Berücksichtigung des Fiscalates. Von Dr. Hermann Ortloff, Privatdocenten der Rechte in Jena. S. 254.
Fortsetzung unter Nr. VIII. S. 376.
VI. Zur Geschichte des deutschen Strafrechts. Fernerer Beitrag zur Erläuterung des Art. 218 der P. Hals-Gerichtsordnung. Von Abegg. S. 317.
VII. Zur Lehre von den juristischen Personen. Nach einem Gutachten der Rechtsfacultät zu München von Professor Pözl zu München. S. 353.
IX. Streitberechtigung der Gemeinden bei Nutzungen der Gemeindegenossen als solcher. Im Hinblick auf einen Rechtsfall von Reyscher. S. 411.
X. Von den Holznutzungen der Gemeindegenossen und den Rechten einzelner Classen auf erhöhte Theilnahme. Im Hinblick auf zwei Entscheidungen württembergischer Administrativbehörden von Reyscher. S. 428.
XI. Wilhelm Eduard Wilda. Lebensabriß. S. 444.
XII. Bücherschau 1853 — 1856. S. 464.

---

4) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Von C. F. v. Gerber und R. Ihering. I. Band Heft 1 und 2.

I. Unsere Aufgabe. Von R. Ihering. S. 1.
II. Beiträge zur Lehre vom deutschen Familienfideicommiß. Von C. F. v. Gerber. S. 53.
III. Uebertragung der Reivindicatio auf Nichteigenthümer (Cession derselben, reivindicatio utilis, Connossement). Von R. Ihering. S. 101.
IV. Ueber Stiftungen. Von P. Roth. S. 189.
V. Ueber den Schutz des relativ-bessern Rechts nach römischen Grundsätzen. Von W. Deurer. S. 221.
VI. Betrachtungen über das Güterrecht der Ehegatten nach deutschem Rechte. Von C. F. v. Gerber. S. 239.
VII. Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. Von R. Ihering. S. 273.

Digitized by Google

Zur Literatur des Patentwesens.

(Eingesandt.)

Das jüngst ausgegebene zweite Heft des vierten Bandes der „Kritischen Ueberschau ꝛc." enthält in dem Artikel: „Literatur und Gesetzgebung des Patentwesens" eine Beurtheilung der Druckschrift des Unterzeichneten: „Die internationale Patentgesetzgebung nach ihren Principien ꝛc. Erlangen 1855", welche, wenn auch sehr unvollständig und mit anderen Schriften gleichen Betreffes von geringerer Bedeutung summarisch behandelt, demungeachtet wegen der entschiedenen Wichtigkeit des Gegenstandes einige Gegenbemerkungen des Verfassers zur Wahrung gegen die in jener Beurtheilung enthaltenen Mißverständnisse erheischt.

I. Die gedachte Druckschrift wird in jenem Artikel als „ohne Gewinn für die Wissenschaft" bezeichnet, worauf zu bemerken ist daß es nicht in der Absicht des Verfassers lag, ein „wissenschaftlich" (theoretisch?) werthvolles Werk zu liefern, insofern unter einem solchen in dem Sinne der Recension die Grundlegung des Rechtsprincipes mit seiner Anwendung auf Patentverleihungen verstanden wird. Bei der großen Schärfe und Consequenz der Lehren des römischen Rechtes würde übrigens die Aufgabe nicht schwierig erscheinen, aus denselben eine solche Theorie mit aufgestelltem Rechtsprincipe zu entwickeln. Warum jedoch hinsichtlich der nationalökonomischen Gesichtspunkte, welche in dieser Schrift allenthalben hervorgehoben werden, nicht ebenfalls ein wissenschaftliches Interesse in Frage kommen könne, ist um so weniger abzusehen, als es sich hier von einem auf die gesammte industrielle Betriebsamkeit eines jeden Landes höchst einflußreichen Thema handelt, sonach die volkswirthschaftliche Seite vorzugsweise hervortritt.

II. Das erheblichste Mißverständniß der Schrift in dem mehrerwähnten Artikel des Journales liegt jedoch darin daß Recensent befremdend findet „warum der Verfasser, obwohl er die Erfindungspatente scharf und richtig von den Privilegien geschieden und die Patentverleihung ganz richtig als einfache Constatirung einer Thatsache bezeichnet hat, die Ansicht vertheidigt, nach welcher die Patentverleihung ein freier Act der Regierung ist und dem Patentwerber kein rechtlicher Anspruch zusteht?" Die Antwort hierauf ist einfach diese: daß die Verleihung von Erfindungspatenten in Monarchien als ein ausschließen-

Digitized by Google

des Prärogativs der Krone gilt, welches den formellen Rechtsanspruch auf Verleihung ausschließt. Schon die älteste europäische Patentgesetzgebung (die englische von 1623), welche aus dem Kampfe der Parlamente gegen die zahlreichen Regierungsmonopole hervorgegangen war*), hat dieses Princip aufgestellt und fortan nicht nur beharrlich festgehalten, sondern demselben auch durch die neuesten Acte dieser Legislation (wie in des Verfassers Schrift dargestellt) selbst noch eine erweiterte Folge gegeben. Das nämliche Princip liegt den Patentgesetzen aller europäischen Monarchien ausdrücklich oder stillschweigend zu Grunde, und jede Regierung würde gerechtes Bedenken tragen dasselbe dem Rechtsprincipe zum Opfer zu bringen. Es ist nicht an der Zeit, Kronrechte ohne dringende Nothwendigkeit aufzugeben; ein Grundsatz, mit welchem wohl jedermann und auch der Herr Recensent einverstanden seyn wird. Dieser Grundsatz des Prärogatives der Krone wird jedoch nicht nur durch die Praxis sehr gemildert, sondern die auf gesetzlichem Wege erlassenen Bestimmungen über Patentverleihungen schließen auch jedes willkürliche Verfahren aus.

III. Aus dem Vorhergehenden berichtigen sich endlich von selbst die Bemerkungen der Recension gegen die Vorschläge des Verfassers wegen der Patentgesetze in den Zollvereinsstaaten, welche als Ausgangspunkt und Anwendung seiner Arbeit aufgestellt worden sind. Durch die Annahme gemeinschaftlicher Grundsätze für die Behandlung des Patentwesens im Zollvereine würde die gleiche Behandlung der Angehörigen dieses commerciellen Staatenvereins gesichert, was die Hauptsache und alles möglicherweise Erreichbare ist. Ein Patentgesetz für das ganze Vereinsgebiet, welches in jenem Artikel verlangt wird, wäre gleich bedeutend mit der Aufhebung des Prärogatives der einzelnen Souveraine in diesem Zweige, und außerdem würde ein Institut, welchem zufolge ein in einem Vereinsstaate von 75000 Einwohnern verliehenes Patent alsdann ipso jure auch in Vereinsstaaten von 35, 17, 5 u. s. w. Millionen Bewohnern unbedingte Kraft erlangt, bei dem möglicherweise großen Einflusse eines solchen Patents für die gesammte Landesindustrie mehr als unbillig gegen die größern Vereinsstaaten erscheinen. Deßhalb die wiederholte Bemerkung daß es dem Verfasser durchaus nicht um Aufstellung eines theoretischen Systemes, sondern um praktisch ausführbare und dem Zwecke der Patentverleihung entsprechende Vorschläge zu thun war, wobei ihm selbst eine vieljährige Praxis in diesem Zweige in der höchsten Administrativinstanz als leitend zur Seite stand.

*) Ausführlich entwickelt in meinem Werke: Großbritanniens Gesetzgebung über Gewerbe, Handel und innere Communicationsmittel. Stuttgart 1836. Kl.

München, im December 1856.

C. Th. v. Kleinschrod.

Digitized by Google

Es versteht sich wohl von selbst, daß unserm Herrn Mitarbeiter das Recht vorbehalten bleibt, gegen die vorstehende Erklärung seine Erinnerung abzugeben, insofern er eine solche für nöthig erachtet. Lediglich um unseren Standpunkt bei der Frage zu bezeichnen, bemerken wir daß auch dann, wenn man der Ansicht M.'s oder dem Rechtsprincip huldigt, von dem Aufgeben eines Kronrechts nicht die Rede seyn könne. Das wesentlichste und alle andern umfassende Kronrecht besteht darin, die Sicherheit und Wohlfahrt des gemeinen Wesens auf jede zulässige Weise zu begründen und zu fördern, und es kann sich daher nur darum handeln, auf welchem Wege man in der Sache, um die es sich hier handelt, das Ziel am sichersten zu erreichen hoffen könne. So wenig es jemanden in den Sinn kommen wird, in dem Gesetz über den Schutz des Auctorrechts die Aufhebung eines Kronrechts zu finden, sowie man vielmehr in demselben nur eine Art der Uebung der Kronrechte erkennen wird, so kann man auch einem Auctor, der das Rechtsprincip bei den Patenten vertheidigt, nicht eine Gefährdung der Kronrechte imputiren.

Die Redaction.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google